§ 817 B. G. B.
in Rechtslehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Josef Blied

aus Opladen (Rhld.)

Tag der mündlichen Prüfung: 29. April 1931.

Druck: Provinzial-Arbeitsanstalt Brauweiler bei Köln. 1931.

31:317

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Dr. Bernhard Kübler.

Dekan: Professor Dr. Max Wenzel.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung.

1. Kapitel: Wesen und Zweck der ungerechtfertigten Bereicherung 1

Hauptteil.

2. Kapitel: Die Bedeutung des § 817 und seine Stellung im System

A. Die Stellung des § 817 innerhalb der Kondiktionslehre 4
B. Die rechtspolitische Bedeutung des § 817 5

3. Kapitel: Die Erfordernisse des § 817

A. Die objektiven Erfordernisse

I. In Satz 1 des Paragraphen 13
1.) Der Begriff der Leistung in § 817 Satz 1 13
2.) Der Zweck der Leistung und ihre Annahme als Verstoß . . 14
a) Gegen gesetzliche Verbote 15
aa) Direkte und indirekte Verbotsgesetze 15
bb) Der rechtsgeschäftliche Schleichweg 18
cc) Verbot der Geschäfte durch Strafgesetze 21
dd) Gesetzliche Veräußerungsverbote 22
b) Gegen die guten Sitten 23
aa) Der Streit der Meinungen in der Rechtslehre 24
bb) Die Rechtfertigung des gefundenen Begriffes „Sittlichkeit“ 27

II. In Satz 2 des § 817 32
1.) Verstoß des Leistenden 32
a) Bei gleichzeitigem Verstoß des Leistungsempfängers . . . 32
b) Bei alleinigem Verstoß des Leistenden 33
2.) Begriff der „Eingehung einer Verbindlichkeit“ im Gegensatz zur „Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit 36
a) Unterscheidungsmerkmale im allgemeinen 36
b) Spezielle Regelung im Einzelfalle 37
aa) Bei Pfand- und Kautionsbestellung 37
bb) Bei Grundschuld 38
cc) Bei Wechsel und Scheck 39
dd) Bei Hypothekenbestellung 40
ee) Anwendungsfall der exceptio doli generalis 41

Seite

3.) Anwendbarkeit der Vorschrift des Satzes 2 außerhalb des Bereicherungsgebietes 43
a) Bei Schadenersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung 43
b) Bei Ansprüchen aus Eigentum 44

B. Die subjektiven Erfordernisse

I. Prüfung, ob in § 817 B. G. B. lediglich ein objektiver Verstoß gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten genügt? 45

II. Notwendigkeit eines subjektiven Verstoßes und Art des Verstoßes 45

1.) Erkennbarkeit 46
2.) Bewußtsein 47
3.) Bewußtsein oder grobfahrlässige Unkenntnis des Verstoßes 48

4. Kapitel: Das Verhältnis der §§ 134/138 zu § 817 B. G. B.

A. Abstraktes und kausales Rechtsgeschäft 49
B. Untersuchung eines Widerspruchs in den §§ 134, 138 und § 817 B. G. B. 50

I. Stellung der Rechtslehre zur Sittenwidrigkeit und Abstraktion . 50
II. Standpunkt des Reichsgerichts zu der Streitfrage 56

5. Kapitel: Das Verhältnis des § 817 B. G. B. zu den übrigen Kondiktionsansprüchen

A. Prüfung der Anwendbarkeit der §§ 812/814 B. G. B. bei Vorliegen des Tatbestandes des § 817 B. G. B. 59

I. Verhältnis des § 817 zu § 812 B. G. B. 59
1.) Gegenseitige Ergänzung der Vorschriften 59
2.) Selbständige Sonderbedeutung des § 817 60

II. Verhältnis des § 817 B. G. B. zu § 814 B. G. B. 60
1.) Die Regelung des § 814 B. G. B. 60
2.) Vorrang des § 817 vor § 814 B. G. B. 60

B. Umfang der Herausgabeverpflichtung 61
C. Beweislast bei Geltendmachung des Anspruches aus § 817 B. G. B. 61

Schluß.

6. Kapitel: § 817, eine mißglückte Gesetzesbestimmung 62

Literatur-Verzeichnis.

Ball,	Steuerrecht und Privatrecht, 1924.
Bähr,	Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl., Leipzig 1894.
Bernhöft,	Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Deutsche Reich, 1889.
Biermann,	Bürgerliches Recht, Bd. 1, Berlin 1908.
Brütt,	Die abstrakte Forderung nach dem deutschen Reichsrecht, Berlin 1908.
Cohn,	Kann der Wucherer die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung fordern? In D. J. Z. 1904, S. 855.
Derselbe:	Wuchergesetzliche Bestimmungen des B. G. B. in Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 784 ff.
Cosack,	Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1. Aufl., Jena 1898, 1903, 1913.
Dernburg,	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1, 3. Aufl., Halle 1906; Bd. 2, 1. Abteilung. 1. und 2. Aufl. 1899; 3. Aufl. 1905; Bd. 2, 2; 2. Aufl. 1902; 3. Aufl. 1906.
Derselbe:	Pandekten, 2. Bd., Obligationenrecht, 5. Aufl. 1897, 1900.
Eccius,	Kondiktion des Wuchers nach dem B. G. B., D. J. Z. 1903, S. 41 ff.
Eck,	Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1. u. 2. Aufl., Berlin 1903.
Eckstein,	Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 41.
Eichler,	Kann der Wucherer nach B. G. B. das dem Bewucherten Geleistete kondizieren? 1908.
Endemann,	Einführung in das Studium des B. G. B., Bd. 1, 1899.
Derselbe:	Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze im gemeinen Recht, 1887.
Enneccerus, Kipp, Wolff,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Abtlg., Recht der Schuldverhältnisse, 18./22. Aufl., Marburg 1923; 2. Bd., 3. Abtlg., 5. Bearbeitung 1923; 1. Bd., 1. Abtlg., Allgemeiner Teil, 1924.
Erlanger,	Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 B. G. B. mit § 817 B. G. B., Dissertation, Erlangen 1904.

Ferge,	Sittenwidrigkeit und abstrakte Rechtsgeschäfte, Greifswald 1919.
Fischer,	Die Rechtswidrigkeit unter der Berücksichtigung des Privatrechts, 1911.
Fischer-Henle,	Bürgerliches Gesetzbuch von 1896 nebst den Einführungsgesetzen.
Förster,	Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb in Recht 1905, S. 30 ff.
Frank,	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz 1926.
Freund,	Das Zivilrecht Sowjet-Rußlands, Mannheim 1924.
Fuld,	Recht und Moral im Neuen Recht, in Seuff. Blätter, Bd. 64, S. 171 ff.
Gierke, v.,	Deutsches Privatrecht 1895.
Goldmann-Lilienthal,	Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, Bd. 1, Berlin 1903, 1909,
Graff,	Kann der Wucherer das von ihm Geleistete zurückverlangen? D. J. Z. 1908, S. 1102 ff.
Hachenburg,	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten i. d. Jahren 1896/97, Mannheim 1900.
Hagen,	Die guten Sitten als Rechtsbegriff in Gruch. Beitr., Bd. 52.
Hagen, Otto,	Die condictio ob turpem causam im Gemeinen Recht und im Bürgerl. Gesetzbuche, Diss. Erlangen, 1913.
Hedemann,	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Grundrissen der Rechtswissenschaft, 2. Bd., Berlin-Lpz. 1921.
Heck, Ph.,	Die Ausdehnung des § 817 S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.
Hensel,	Zur Dogmatik des Begriffs der Steuerumgehung in Bonner Festausgabe für Zitelmann, 1923, S. 237 ff.
Herzog,	Zum Begriff der guten Sitten im B. G. B., 1910.
Hölder,	Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Allgemeiner Teil, München 1900.
Hupka,	Die Vollmacht, Leipzig.
Hüppeler,	Die Bedeutung des § 817 B. G. B. insbesondere bei Verstoß gegen kriegswirtschaftliche Bestimmungen.
Jacobi,	Recht, Sitte und Sittlichkeit in Jherings Jahrbücher, Bd. 41, S. 68 ff.
Derselbe:	Die sittliche Pflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900.
Jaeger,	Komm. zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, 1916.
Jhering, v.,	Der Zweck im Recht, Bd. 1 u. 2, 2. Aufl., Leipzig 1896.
Derselbe:	Geist des römischen Rechts in den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1894—1899, 1907, 3. Bd.
Jsay,	Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1899.

Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 2. Teil, Ausg. von Kehrbach bei Reclam, S. 180 ff.

Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, eine Kritik der im Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrag, Berlin 1892.

Klibanski, Handbuch des gesamten russischen Zivilrechts, auf Veranlassung des Oberbefehlshabers-Ost, 1916. Bd. 3, 4. Buch.

Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes in den Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 6, Breslau 1901.

Derselbe: Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. 9, Jena 1903.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1906.

Kommentar einiger Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1923/1928, 2. Bd.

Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1898, 1. Teil.

Derselbe: Das B. G. B. für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1898/1903 Berlin.

Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Derselbe: Der 99. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen in D. J. Z. 1921, S. 93 ff.

Lenel, Der 63. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, besprochen in der Deutsch. Juristischen Zeitung, 1907, S. 454.

Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des B. G. B., München, Leipzig 1929.

Leske, Vergleichende Darstellung für das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1. Hälfte, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900.

Lesser, Rechtsstellung von Sachen, die unter Verletzung der Kriegswirtschaftsvorschriften besessen werden, in J. W. 1919, S. 91.

Leonhard, Der Verstoß gegen die guten Sitten, in der Festausgabe für Bekker, 1907, S. 99 ff.

Loewenwarter, Wegweiser durch das B. G. B., 7. Aufl. 1927.

Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1. Bd., Allgemeiner Teil 1924; 3. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, besonderer Teil 1928, Berlin.

Lotmar, Der unmoral. Vertrag, bes. nach gemein. Recht, Lpz. 1896.

Lurje, Die Umgehung der Gesetze und ihr Recht, im Bürgerlichen Archiv, Bd. 41, S. 372 ff.

Lux,	Schulung für die Juristische Praxis, 1929.
Matthiaß,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts, 5. Aufl., Berlin 1910.
Matthiessen,	Zur Gültigkeit der Bordellhypothek in der D. J. Z. 1907, S. 534 ff.
Mayr, v.,	Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.
Derselbe:	Die condictio des römischen Privatrechts, Leipzig 1910.
Meisner,	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Breslau 1898.
Mentzel,	Kommentar zur Reichskonkursordnung 1926.
Mitteis, Hch.,	Bürgerliches Recht, Familienrecht, Berlin 1923.
Motive zum Entwurf eines	Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888.
Mugdan,	Die Gesetzesmaterialien zum B. G. B. für das Deutsche Reich.
Neubecker,	Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und und dogmatischen Grundzügen, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 22, S. 35 ff.
Neubecker,	Die zivilistische Stellung des Wucherers nach dem neuen Recht, zugleich ein Beitrag zur Kondiktionenlehre, in D. J. Z. 1902.
Neumann,	Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 6. Aufl., Berlin 1912.
Oertmann,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Buch, 2. Aufl., 2. Buch, 3. Aufl., Berlin 1908, 1910, 1927, 1929.
Pfaff, Jvo,	Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, 1892.
Philipp, Ph.,	Der Bordellverkauf in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1. Jahrg., München 1905, S. 382 ff.
Planck,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche nebst Einf. Ges., 2. Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (besonderer Teil), 4. Aufl. 1928.
Protokolle der Kommission	für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, Berlin 1897; Bd. 2, Berlin 1898; Bd. 3, Berlin 1899 und 1907.
Rabel,	Zeitschrift für Sav. St. Rom, Abtlg. 27, 290 ff. 28 311 ff.
Regelsberger,	Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893.
Reichel,	Die Bordellhypothek. In D. J. Z. 1907, S. 109 ff.
Riezler,	Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
Rindfleisch,	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 817, Göttingen 1926.
Rumpf, Max,	Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817; ein Beitrag zur Kritik des dinglichen Vertrages; Archiv für Zivil.-Praxis, Bd. 117, S. 315 ff.

Rümelin,	Die Lehre vom Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des B. G. B., Archiv für Zivil.-Praxis, Bd. 98, S. 373 ff.
Salpius, v.,	Novation und Delegation nach dem römischen Recht, Berlin 1864.
Savigny, v.,	System des heutigen römischen Rechts I, Berlin 1841.
Scherer,	Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erlangen 1899.
Schollmeyer,	Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1904.
Stammler,	Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902.
Derselbe:	Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche i. d. Festg. d. Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Herman Fitting zum 27. Oktober 1902, Halle 1903.
Stampe,	Das Kausalproblem des Zivilrechts, eine rechtspolitische Studie aus § 363 B. G. B., Greifswald 1904, S. 33.
Staudinger,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführ.-Gesetz, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Ausg. 1910, 1912, 1925, 1929.
Tuhr, v.,	Die Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.
Derselbe:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Hälfte, 1918. Bd. 3, 1918.
Derselbe:	Der 78. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, D. J. Z. 1912, S. 1268 ff.
Vetsch,	Die Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917.
Vogel,	Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, Leipzig 1906.
Warneyer,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd. 1923, 1927, 1930.
Weyl,	System der Verschuldensbegriffe im B. G. B., München 1905.
Derselbe:	Vorträge über das B. G. B. für Praktiker, Bd. 1, S. 250 ff.
Derselbe:	Das Verschulden und die verwandten Begriffe im B. G. B. im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 14, S. 80 und 148 ff.
Wüstendörfer,	Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, Archiv für Zivil-Praxis, Bd. 110.
Zitelmann,	Das Recht des B. G. B., Allgemeiner Teil, Leipzig 1905. Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts, Dresden.

Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung.

Archiv für Bürgerliches Recht, Berlin.

Archiv für die civilistische Praxis, Freiburg, Tübingen.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Berlin.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Berlin-Leipzig.

Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin-Leipzig.

Hanseatische Gerichtszeitung, 1897.

Jahrbuch des deutschen Rechts, Berlin 1903.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena.

Juristische Wochenschrift, Leipzig.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, München, Berlin und Leipzig.

Recht und Wirtschaft, Berlin 1912.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Schleswig-Holsteiner Anzeiger, 1922, Nr. 1.

Warneyer Jahrbuch der Entscheidungen: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Zeitschrift für Bergrecht, Bd. 43.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, München, Berlin und Leipzig.

Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Weimar.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Wien (Grünhut).

§ 817 B. G. B.
in Rechtslehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung.

Einleitung.

1. Kapitel: Wesen und Zweck der ungerechtfertigten Bereicherung.

Über dem formellen Recht steht die materielle Gerechtigkeit!

So reiht sich den im Schuldrecht dargestellten verschiedenen Geschäftstypen als eines der letzten Kapitel eine Anzahl von gesetzlichen Verbindlichkeiten an, deren Zweck darin besteht, als Regulator für die Unebenheiten formaler Rechtsordnung zu dienen, welche durch die scharfe Trennung entstanden sind, die das bürgerliche Gesetzbuch zwischen kausalem Rechtsgeschäft und abstraktem Erfüllungsgeschäft vorgenommen hat.[1])

Einmal macht das Gesetz das Wirksamwerden der Zuwendung von der Verwirklichung der causa abhängig, bald verselbständigt die Rechtsordnung die Zuwendung, indem sie das Wirksamwerden von der causa unabhängig macht. Man spricht dann von abstrakten Rechtsgeschäften.

Nach unserem geltenden Recht kann also ein Vermögenserwerb stattfinden, ohne daß diesem Erwerbe ein materieller Rechtsgrund beiseite steht, auf den die Vermögensverschiebung sich stützen könnte, — Vermögensverschiebungen, denen die innere Berechtigung fehlt.

Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung[2]) sucht einen Ausgleich für jene Vermögensübertragungen herbeizuführen, denen der rechtliche Grund ermangelt.

Man könnte sich nun die Frage vorlegen, weshalb das Gesetz Vermögensverschiebungen, selbst wenn es sie für innerlich ungerechtfertigt hält, überhaupt erst zustandekommen läßt?

Die Begründung hierfür liegt in der Verkehrssicherheit. Der Einzelne soll der Notwendigkeit enthoben sein, bei einem Rechtsakt, der eine Vermögensverschiebung bewirkt, die innere Berechtigung derselben nachzuprüfen, da die

[1]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band der Schuldverhältnisse.

[2]) Eine Definition für diesen Begriff gibt v. Mayr; condictio, 3; Bereicherung ist eine Vermögensdifferenz, die in dem Werte zum Ausdruck gelangt, der einer Vermögensmasse in einem bestimmten Zeitpunkt nach Eintritt einer gewissen Ereignung zukommt, in Vergleich gesetzt zu einem früheren, solcher Ereignung vorausgehenden, maßgebenden Zeitpunkte.

Verkehrsbedürfnisse oft mehr darauf drängen, schnelle und sichere, als materiell gerechtfertigte Rechtsverwirklichungen zu erlangen, und den wirtschaftlichen Bedürfnissen mehr damit gedient ist, vorläufige Klarheit mit der Möglichkeit einer Revision des provisorischen Rechtszustandes, als ein langsam und umständlich arbeitendes Rechtssystem zu haben. Denn ein solches Rechtssystem muß oft die Billigkeit seiner Ergebnisse damit bezahlen, daß die Verwirklichungen des Rechts durch die in der Zwischenzeit eingetretenen Änderungen der rechtlichen Bedürfnisse, oder durch die Böswilligkeit des Schuldners zunichte gemacht werden. Deshalb läßt die Rechtsordnung im Interesse der einfachen und schnellen Abwicklung modernen Verkehrlebens, und in der Erleichterung des Beweises dafür, daß ein Rechtsgeschäft zustande gekommen ist, bereits die Rechtsänderung eintreten, um eine klare Rechtslage vorerst geschaffen zu haben, von der man jedoch keinesfalls immer annehmen kann, daß sie für die Dauer Bestand behält.[1]) „Häufig genug aber ist das Recht genötigt, um der Sicherheit der leichten Erkennbarkeit und Verwirklichung der Rechte willen, oder aus Erwägungen der Rechtslogik und mannigfachen anderen Gründen, zunächst Rechtswirkungen herbeizuführen, die jenen höchsten Zielen nicht entsprechen.“ [2]) In ganz besonderer Weise gilt das für die Übertragung dinglicher Rechte, zu deren Schutz eine derartige Behandlung besonders erforderlich ist.

Freilich muß für den Fall, daß eine gültige Vereinbarung über die causa nicht zustande gekommen ist, oder die causa sich nicht verwirklicht hat oder nachher wegfällt, dem Zuwendenden ein Ausgleich geboten werden. Zur Rückgängigmachung des materiell ohne rechtfertigenden Grund vor sich gegangenen Rechts- oder Vermögenserwerbes dienen die Vorschriften der §§ 812 ff.

Die Frage, wann ein Erwerb als ungerechtfertigt anzusehen ist, beantwortet das Gesetz nicht, eine Frage wohl nach den höchsten Zielen der Rechtswissenschaft. Die Lebensbedingungen des wirtschaftlich Schwächeren im Existenzkampf mit dem wirtschaftlich Stärkeren führen häufig dazu, daß der eine zum Schaden des anderen bereichert wird, ohne daß eine rechtliche Reaktion hiergegen zulässig ist. Hierauf beruht gerade, wie Dernburg mit Recht sagt, die Ordnung der menschlichen Gesellschaft, ihr Streben und Kämpfen.[3]) Nur die der Gerechtigkeit und Billigkeit nicht entsprechende Bereicherung soll ein Recht auf die Rückforderung begründen.[4]) Das habere sine causa ist deshalb der Entstehungsgrund der condictiones. Weil die Rechtswirkungen gegen das oberste Rechtsprinzip verstoßen, soll wenigstens die vermögensrechtliche Wirkung unter den Beteiligten ausgeglichen, und die daraus entspringende Vermögensbereicherung zurückgewährt werden. Der Bereicherungs(Condictions)anspruch will die Wunden heilen, die das Gesetz durch die Verselbständigung der Verfügung (Abstraktion) geschlagen hat, da der Empfänger einen zwar gültigen, aber nicht gerechtfertigten Vermögenszuwachs hat.[5])

Eine gewisse Sonderstellung nimmt der Anspruch aus der condictio ein. Er wächst nicht aus einem Vertrage heraus, sondern es handelt sich bei ihm

---

[1]) Klingmüller, S. 101 ff.
[2]) Enneccerus, Bd. 1, 2, § 440, S. 612.
[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2, S. 375, Anmerkung 14.
[4]) Stammler, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 1903, S. 131.
[5]) Lehmann, Allgemeiner Teil 1928, § 25, S. 14 I.
Staudinger, Komm. z. B. G. B, S. 1649.

um einen Musterfall der obligatio ex lege, die allerdings vom Gesetzgeber vertragsmäßig ausgestaltet worden ist, d. h. es wird ein besonderes Schuldverhältnis konstruiert mit einem Gläubiger und einem Schuldner, um so den Ausgleich herbeizuführen.

Die Erscheinung der ungerechtfertigten Bereicherung war schon den Römern bekannt, doch war bei ihnen der Grundgedanke in eine Anzahl von Einzelfiguren aufgelöst. Das bürgerliche Gesetzbuch hat sich den römischrechtlichen und gemeinrechtlichen Grundsätzen angeschlossen, die es im großen und ganzen einfach übernommen hat. Die einzelnen Bereicherungsansprüche des älteren Rechts, als selbständig nebeneinander bestehende Ansprüche, sind in der Vorschrift des § 812 B. G. B. unter einheitlichen Begriffsmerkmalen zusammengefaßt.

Höchster Zweck der Condictionslehre ist also, den Gegensatz zu überbrücken, der zwischen den beiden Grundsätzen der Rechtsordnung — Sorge für die Sicherheit des Verkehrs auf der einen, und Rücksicht auf materielle Gerechtigkeit auf der andern Seite — besteht.

Hauptteil.

2. Kapitel: Die Bedeutung des § 817 B. G. B. und seine Stellung im System.

A. Die Stellung des § 817 B. G. B. innerhalb der Condictionslehre.

Während, wie eingangs erwähnt, im gemeinen Rechte die einzelnen condictiones noch selbständig nebeneinander standen, hat sich im bürgerlichen Gesetzbuche, entgegen dem ersten Entwurfe, der im Anschluß an das römische und gemeine Recht vier besondere Fälle behandelte,[1]) ein allgemeines Prinzip herausgebildet, da die Kommission für die zweite Lesung die erste Methode nicht für geeignet erachtete, sondern im Anschluß an den Art. 70 des schweizerischen Obligationenrechts von 1881 beschloß, die Bestimmung des § 748 als allgemeinen Grundsatz zu erheben,[2]) der lautet:

„Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet."

Es sind jedoch, wie früher, so auch nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, noch verschiedene Bereicherungsansprüche zu unterscheiden, die nur dem allgemeinen Prinzip untergeordnet sind. Der Anspruch der gemeinrechtlichen condictio ob turpem causam ist in diese Lehre übergegangen und in der Vorschrift des § 817 B. G. B. enthalten, der nunmehr die Bedingungen der condictio ob turpem et ob iniustam causam[3]) des gemeinen Rechts vereinigt, und dadurch die Streitfragen über Voraussetzung und Natur dieser Klagen im wesentlichen beseitigt.[4])

§ 817 B. G. B. trifft nunmehr allgemein alle Leistungen, deren Zweck so bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder

---

[1]) 1. Leistung einer Nichtschuld. §§ 737 bis 741.
2. Nichteintritt des bei der Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges. §§ 742 bis 744.
3. Wegfall des rechtlichen Grundes. §§ 745, 746.
4. Verwerflicher Empfang. § 747.

[2]) Prot. Bd. 2, S. 929.

[3]) Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 213. Anm. 1.

[4]) Plank, B. G. B. Komm. zu 817, Ausg. 1928.
Enneccerus, Bd. 1, 2. Hälfte, § 446, S. 633, Ausg. 1923.
Neumann, Handausgabe des B. G. B. Bd. 1, Anm. 1, zu § 817. S. 595.
Oertmann, zu § 817, S. 1033, 3. Aufl. 1910.
Dernburg, Bd. 2, § 379, S. 733, Ausg. 1915.
Goldmann-Lilienthal, B. G. B. zu § 817, Anm. 1, S. 872.
Matthiass, Lehrbuch des B. G. B., 5. Aufl., 1910, S. 403.
Heck Ph., Arch. f. civ. Pr., Bd. 124, S. 39 ff.

gegen die guten Sitten verstoßen hat, während man vielfach annahm, die Voraussetzung der condictio ob iniustam causam bestehe darin, daß das Motiv der Leistung vom Gegner in rechtswidriger Weise hervorgebracht sei, (Zwang, Betrug) und daß der condictio ob turpem causa eine Leistung zu einem erst in der Zukunft liegenden unsittlichen Zweck unterliege.

Mag nun über die Unterschiedlichkeit Unklarheit herrschen, so steht heute der überwiegende Teil des Schrifttums auf dem Standpunkte, daß es gänzlich belanglos ist, ob die Leistung bei dem Anspruch aus § 817 B. G. B. auf einen künftigen Erfolg geschehen ist (d. h. ob man die Leistung im Interesse der demnächstigen Herbeiführung eines rechtswidrigen oder unsittlichen Zweckes empfangen hat)[1]) oder ob der unsittliche Grund derselben in der Gegenwart oder in der Vergangenheit (causa praeterita) liegt. Die gemißbilligte Zweckvereinbarung kann sich also auf Gegenwart, Vergangenheit oder Zukunft beziehen.[2]) Ebenfalls ist es unerheblich, ob der Zweck bei der Leistung vereinbart wird, oder ob diese zur Erfüllung einer vorausgegangenen Vereinbarung erfolgt. Erforderlich ist nur, daß sich aus dem Zweck der Leistung ergibt, daß ihre Annahme gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt.[3])

B. Die rechtspolitische Bedeutung des § 817 B. G. B.

Meinungsverschiedenheiten in der Literatur herrschen ferner über den rechtspolitischen Grund der Vorschrift des § 817 B. G. B.[4])

Charakterisiert sich die Vorschrift, die mit dem Grundgedanken der Bereicherungsvorschrift im Einklang steht, als Anwendungsfall des allgemeinen Bereicherungsfalles, dem das Gesetz einen Anspruch auf Rückgabe nur deshalb gewährt, weil es an einem hinreichenden Rechtsgrunde für eine Vermögensverschiebung fehlt, oder hat die Bestimmung Strafcharakter?

Über den Zweck, den das Gesetz bei Gewährung des Anspruches auf Rückgabe verfolgt, äußern sich die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche:[5]) „Als Grund der Restitutionspflicht erscheint einzig und allein der auf Seiten des Empfängers liegende Verstoß und die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung.“ ... „Es soll vielmehr die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden. Um im Volksleben den Sinn für gute Sitten und das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken, ist daher überall, wo der Empfänger durch die Annahme der Leistung mit den guten Sitten und der öffentlichen Ordnung sich in Widerspruch setzt, die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen vorgeschrieben.“

---

[1]) Z. B. ein Verbot zu begehen, oder einen ungerechten Prozeß zu führen, mit dem Geber in unzüchtige Beziehungen zu treten, für Nichtanzeige eines Verbrechens Schweigegelder anzunehmen. Zu letzterem R. G. E. Bd. 58, Nr 52, S. 205/07. Seuff. Arch. 58, Nr. 94, S. 175... Wenn damit der dem Empfänger vom Geber verursachte Schaden möglichst wieder eingebracht werden soll.

[2]) R. G. R. K. 1929, Bd. 2 zu § 817 Ic. Leske, vergleichende Darstellung des B. G. B. II. Abschn., § 98 I 5, Anm. 7.
Crome, Bd. 2, 1. Hälfte, § 322 I, S. 100.
Planck, Komm. z. § 817 b. Neubecker, in D. J. Z. 1902, S. 570.

[3]) R. G. E. in Gruch, Bd. 61, S. 301.

[4]) Rumpf, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138/817 B. G. B. im Archiv für Zivil-Praxis, Bd. 117, S. 315 ff.

[5]) Motive zum B. G. B., Bd. 2, § 747, S. 849.

Aus der klaren Darstellung, daß gerade die in der Annahme der Leistung sich kundgebende, verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden soll, ferner aus den Erwägungen heraus, im Volksleben den Sinn für gute Sitten zu erhalten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken, kann man entnehmen, daß die Pflicht zur Herausgabe dem Empfänger als Strafe auferlegt ist.[1]) Über die Zweckmäßigkeit kann man geteilter Meinung sein, aber angesichts der klaren Absicht des Gesetzgebers ist keine andere Auslegung möglich.

Völlig unerheblich ist für jede der vertretenen Ansichten das Argument eigener seelischer Vorgänge des Empfängers. Er wird wohl zumeist in der Herausgabe des zu Unrecht Erlangten eine Strafe für verschuldetes Tun erblicken. Dieser Umstand stellt sich jedoch als Nebenwirkung dar, der für die Bedeutung der Streitfrage völlig unerheblich ist.

Mit der Mehrung einschlägiger Prozesse hat auch das Reichsgericht sich mit der Streitfrage beschäftigen müssen, ob eben dem Paragraphen die Bedeutung einer Strafvorschrift beizumessen ist, oder ob die Rückforderung lediglich wegen der inneren Berechtigung, des inneren Mangels, an dem das Rechtsgeschäft leidet, gegeben ist?

In einem Urteil des IV. Zivilsenats vom 26. Mai 1916[2]), wollte die Klägerin das behalten, was sie auf Grund eines sittenwidrigen Vertrages erhalten hatte und forderte dazu noch dasjenige, was sie zur Erlangung dieser Vorteile in dem Vergleiche aufgegeben hatte. Das Reichsgericht steht in dieser Entscheidung auf dem Standpunkte, daß ein solches Verhalten gegen Treu und Glauben und gegen das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden verstoße. In der Schlußbegründung kommt das Gericht zu Erörterungen über den Charakter des § 817 und stellt fest, daß der Vorschrift nicht die Bedeutung einer Strafvorschrift beizumessen sei. Der Empfänger sei lediglich deshalb zur Herausgabe verpflichtet, weil er aus dem Empfange einer verwerflichen Leistung keine Vorteile ziehen solle. An dem bestehenden Zustande soll nur in dem Falle nichts geändert werden, wenn auch der Geber gegen die guten Sitten verstoßen habe. Das Gesetz stelle, da es kein Interesse daran habe, einen Teil vor dem anderen zu begünstigen, keinem der beiden Teile einen Rechtsbehelf zur Verfügung, um eine Änderung der tatsächlich bestehenden Vermögenslage herbeizuführen.

Diesem Urteile ist aber das Reichsgericht, was die zu behandelnde Frage anbelangt, nicht treu geblieben. In einem Urteile des VII. Zivilsenats vom 11. Mai 1920[3]) hat das Gericht dem § 817 B. G. B. persönlichen Strafcharakter zuerkannt. Infolgedessen kann z. B. dem Konkursverwalter, wenn er eine Leistung in die Masse zurückverlangt, vom Beklagten nicht entgegengesetzt werden, sein Gemeinschuldner hätte als Kläger nicht durchdringen können, weil ein unsittliches Geschäft vorliege, aus welchem die Rückforderung aus § 817, Satz 2 B. G. B. ausgeschlossen sei.

Auf den ersten Blick erscheint die Entscheidung des VII. Zivilsenats, bezüglich der Stellung des Konkursverwalters, als nicht bedenkenfrei, da sie dem Konkursverwalter hinsichtlich des gemeinschuldnerischen Vermögens mehr Rechte einräumt, als dem Gemeinschuldner selbst zustehen. Diese Regelung widerspricht dem für das Konkursrecht geltenden Grundsatz, daß der Konkursverwalter nicht

[1]) v. Mayr, Bereicherungsanspruch, § 53/I, S. 553.
[2]) Warneyer, Rechtsprechung, 1917, Nr. 16.
[3]) R. G. E., Bd. 99, S. 161 ff. So auch ähnlich R. G. E. 105, S. 29.

Träger besserer Rechte sein kann, als der Gemeinschuldner im Augenblick der Eröffnung des Konkurses. Die Kommentare betonen zu § 6 der Konkursordnung ausdrücklich den Grundsatz, daß der Verwalter materiell keine anderen und nicht mehr Rechte hat, als der Gemeinschuldner hätte, wenn der Konkurs überhaupt nicht bestände.[1])

In Übereinstimmung mit dem Schrifttum hat das Reichsgericht in einer Anzahl früherer Entscheidungen diesem Grundsatz Ausdruck verliehen.[2]) Und doch ist dieser Widerspruch nur ein scheinbarer. Allgemeiner, das gesamte Rechtsgebiet umfassender Grundsatz ist, daß spezielle Rechtsbestimmungen vor weitergehenden — generellen Rechtsgedanken und Normen den Vorrang haben. (lex specialis derogat legi generali). Aus diesem Grunde hat die Strafbestimmung des § 817 sicherlich den Vorrang gegenüber den allgemein erlassenen Vorschriften der Konkursordnung. Denn der dem § 817 B. G. B. eigene Strafcharakter erfordert ja gerade, daß nur dem höchstpersönliche Rechtsnachteile auferlegt werden, der mit den gesetzlichen Voraussetzungen der Vorschrift des § 817 B. G. B. in Konflikt geraten ist. Unbillig und im Ergebnis ungerecht wäre es, daß eine lediglich einem sittenwidrig Handelnden auferlegte Strafe auch dritte Unbeteiligte treffen soll, um einer formalen Bestimmung zum Siege zu verhelfen.

Zweifellos ist § 817 B. G. B. deshalb gegenüber den generell aufgestellten Grundregeln der Konkursordnung, zu denen er in Gesetzeskonkurrenz steht, die speziellere Norm. Eine solche Gesetzeskonkurrenz betrachtet man als vorliegend, wenn ein Tatbestand unter mehrere gesetzliche Bestimmungen gebracht werden kann, d. h., wenn mehrere Bestimmungen auf ihn passend angewandt werden können. Handelt es sich vorliegend zwar nicht um einen einzelnen — festnormierten Rechtssatz des Konkursrechts, gegenüber welchem der § 817 B. G. B. als lex specialis steht, so ist es doch der Grundgedanke der Gleichberechtigung von Konkursverwalter und Gemeinschuldner, der gegenüber § 817, Satz 2 seine sonst begründete Herrschaft einbüßen muß. Es soll nur einer der Rechtssätze zur Anwendung kommen, weil er den anderen (hier analog die für das Konkursrecht herrschende Grundidee der Gleichberechtigung) ausschließen oder verdrängen will.[3])

So kann also dem Konkursverwalter, der eine Leistung in die Masse zurückverlangt, vom Beklagten der Verwirkungseinwand aus § 817, Satz 2 nicht entgegengesetzt werden.[4]) Abgesehen von der rechtlich begründeten Würdigung der Entscheidung führt das Urteil auch zu einem soziologisch einwandfreien billigen Endergebnis. Der Konkursverwalter, mag er sich nun als ein in öffentlichem Interesse geschaffenes, wenn auch nicht staatsamtliches Organ darstellen (Amtstheorie), oder als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger gelten (Vertragstheorie), steht über dem devastierten Vermögen des Gemeinschuldners. Seine Aufgabe soll es sein, eine allen Gläubigern gegen-

---

[1]) Jäger, Komm. z. K. O. 1916, § 6, S. 141 ff.
Menzel, 1926, S. 50.

[2]) R. G. E. Bd. 35, S. 30; Bd. 46, S. 167; Bd. 61, S. 43; Bd. 72, S. 46/197.

[3]) So z. B. deutlich: Haftbeschränkung bei Amtspflichtverletzungen, § 839 als lex specialis gegenüber der allgemeinen Deliktshaftung nach § 823 B. G. B.

[4]) Warneyer, Komm. 1923, § 817 II, S. 1291.
Planck, Komm. 1928, 817, 5c, S. 1666.
Staudinger, 1929 zu § 817, 2d ß, S. 1713.
Enneccerus, 1. Bd., 2 § 446, 2, Anm. 3, S. 634;

über gerechte Aufteilung der Masse vorzunehmen, dabei auch gleichzeitig den Gemeinschuldner vor Übergriffen nicht zur Konkursmasse gehöriger Vermögensgüter zu schützen. Hat er nun in seiner Eigenschaft als Vertreter fremder Interessenkreise vom unsittlichen Empfänger selbst dann, wenn den Masseschuldner als Leistenden ebenfalls der Vorwurf der Unsittlichkeit trifft, einen Gegenstand in die Masse zurückgefordert, so tut er das nicht in eigenem, sondern alleinigen Interesse der anderen Gesamtgläubiger, denen gegenüber er verantwortlich ist, und denen dieser Vermögenszuwachs insgesamt zugute kommt; — ein Ausgleich, wie er sozial betrachtet, nicht besser gefunden werden kann.

Den Gegnern[1]) der angezogenen Entscheidung ist entgegenzuhalten, daß dieses Ergebnis nicht als Frucht einer engen Auslegung, d. h. Klarstellung der jeweiligen Zwecke der einzelnen Vorschriften zu bezeichnen ist, sondern daß es sich hier um eine Rechtsfindung handelt, deren Sinn darin besteht, eine selbständige Abwägung des Wertes der betreffenden Vorschriften und Rechtsgedanken zueinander zu treffen und eine bevorzugte Durchführung der Vorschrift zu geben, von der man sich eine für das Wirtschaftsleben gesundere und somit für die Allgemeinheit vorteilhaftere Wirkung verspricht.

Der dem § 817 B. G. B. eigene Strafcharakter nötigt zu der Klarstellung der weiteren Frage, ob in gleicher Weise, wie dem Konkursverwalter auch dem Erben des sittenwidrig Handelnden der Anspruch aus § 817, Satz 1 B. G. B zusteht, ohne daß er den Einwand aus § 817, Satz 2 zu fürchten braucht. Dem ersten Anscheine nach ließe sich eine unterschiedliche Regelung zwischen Konkursverwalter und Erben nicht rechtfertigen und zwar aus der Erwägung heraus, daß, wie beim Konkurse, nur der sittenwidrig handelnde Gemeinschuldner, so entsprechend hier nur der sittenwidrig handelnde Erblasser allein dem Verwirkungseinwande ausgesetzt werden soll, in Gemäßheit der Strafvorschrift des § 817 B. G. B.

Dieser Ansicht widerspricht jedoch der Unterschied der rechtlichen Stellung zwischen Konkursverwalter und Erben. Das Erbrecht wird von dem Grundsatze beherrscht, daß der Erbe in die Rechtsstellung des Erblassers als dessen Rechtsnachfolger eintritt, während der Konkursverwalter anerkanntermaßen nicht als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners angesehen werden kann. Dieser Grundsatz des Erbrechts ist ein so feststehender und umfassender, daß er von keiner Ausnahme durchbrochen ist und von keiner anderen Bestimmung außer Kraft gesetzt werden kann.[2])

Aus ihm ergibt sich ferner, daß das Vermögen des Erblassers in dem Zustand auf den Erben übergeht, in dem es sich zur Zeit des Erbfalles befindet, also auch mit allen Mängeln und Rechtsnachteilen. So muß sogar der Erbe, wenn dem Vermögen des Erblassers durch eine strafbare Handlung desselben ein Rechtsnachteil erwachsen ist, und das Urteil zu Lebzeiten rechtskräftig geworden war, die Vermögensminderung gegen sich gelten lassen.[3]) Mag deshalb auch der den Erblasser treffende Rechtsnachteil des § 817, Satz 2 rein strafrechtlicher Natur sein, so muß aus demselben Gedanken des Gesetzes heraus,

[1]) Komm. des R. G. R. 1929 zu § 817 B. G. B. 3 c, S. 522.
Lehmann, in D. J. Z. 1921, S. 93, 94 ... der einfache, einleuchtende Grundsatz, daß der Konkursverwalter nicht mehr Rechte beanspruchen kann, als dem Gemeinschuldner zustehen, wird jedenfalls durch historische Rückblicke nicht hinreichend entkräftet.

[2]) Bei Nichteintritt einer Rechtsnachfolge durch Ausschlagung (§ 1942) wird der Ausschlagende niemals als Vollerbe angesehen; vgl. § 1953.
Enneccerus-Kipp, Bd. II, 3. Abtlg., § 50, S. 148.

[3]) Vgl. Frank, St. G. B. 1926, § 30.

der Erbe diesen tragen. Anders wie im Konkursrecht, stellt sich somit die Vorschrift des § 817 B. G. B. im Verhältnis zum Grundsatz der strengen Rechtsnachfolge des Erben in die Stellung des Erblassers nicht als lex specialis dar. Die Unterschiedlichkeit in der Behandlung hat auch deshalb guten Grund, weil der Erbe das ihm zufallende Erbgut in eigenem Interesse und zu eigenem Vorteil übernimmt, während der Konkursverwalter lediglich ohne unmittelbaren eigenen Vorteil die Konkursmasse in fremden Interesse zum Nutzen der Konkursgläubiger verwaltet.

Zu demselben Ergebnis kam auch das Reichsgericht in der Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 25. 6. 1925.[1]) Hier ist die Klägerin die alleinige Erbin ihres am 29. August 1919 verstorbenen Ehemannes, der ein ihm gehöriges Grundstück auf die beklagte Ehefrau übertrug, die zu ihm in geschlechtlichen Beziehungen gestanden hat.

Wenn je, so müßte gerade in diesem Falle die Erbin vom Einwand des § 817, Satz 2 verschont sein, da die Unsittlichkeit der Grundstückshingabe seitens des Erblassers nicht nur in Belohnung eines Ehebruchs besteht, sondern vor allem auch darin, daß durch die Hingabe das Grundstück der klagenden Ehefrau entzogen, und so zu ihrem Nachteile gehandelt werden sollte. Lediglich aus letzterem Grunde haben die Vorinstanzen der Klage der Ehefrau aus § 817 B. G. B. stattgegeben, weil sich die Unsittlichkeit gegen die Erbin selbst richtet. Diesen Standpunkt scheint auch Löwenwarter zu vertreten.[2])

Das Reichsgericht verwirft sogar in diesem Falle die Entscheidungen der Vorinstanzen mit der Begründung, das durch die Sittenwidrigkeit der Leistung in der Person des Leistenden begründete Hindernis der Rechtsverfolgung stehe immer seinen Rechtsnachfolgern, insbesondere seinen Erben, entgegen, da diese kraft der Rechtsnachfolge lediglich in die Rechtsstellung ihres Vorgängers einrücken.[3]) Ebenso werden in R. G. E., Bd. 99, S. 161, 168 für die Anwendung des § 817, Satz 2 die Rechtsnachfolger des Leistenden diesem selbst gleichgestellt mit der ausdrücklichen Betonung, daß das, was in jener Entscheidung für den besonderen Fall des Konkurses gelten soll, nicht auf den Fall der Erbfolge übertragen werden kann. Zwar läßt das Reichsgericht die Begründung vermissen, aber auf Grund vorausgegangener Darstellungen dürfte sich eine das Reichsgericht rechtfertigende Begründung gefunden haben.

Weiter fährt der VII. Zivilsenat in seiner Entscheidung[4]) fort; die Klägerin könne nicht bei Beurteilung des Bereicherungsanspruches so behandelt werden, als erhebe sie diesen Anspruch nicht wie ihr allein möglich ist, aus dem Rechte ihres von ihr beerbten Ehemannes, sondern als sei sie (im Sinne des R. G. Bd. 48, S. 293) eine von den beiden Teilnehmern an der unsittlichen Schenkung verschiedene Dritte, mag auch durch die in Rede stehende Schenkung zugleich auch sie, die Ehefrau, benachteiligt werden und das unsittliche Geschäft sich gegen sie selbst richten. Der Billigkeit Rechnung tragend, kommt das Reichsgericht zum Schluß, daß die Richtung des unsittlichen Geschäfts gegen die klagende Ehefrau nur dazu verwendet werden kann, einen ihr aus eigenem Recht

---

[1]) R. G. E. Bd. 111, S. 151 ff; ferner in J. W. 1926, S. 248, 1147; Löwenwarter, J. W. 1926, 239.

[2]) Löwenwarter, Wegweiser 1927, S. 53 „Bedenklich, wenn sich der Sittenverstoß gegen den Erben selbst richtet." (R. G. 111, 155.)

[3]) Vgl. R. G. E. Bd. 48, S. 283/97.

[4]) R. G. E. Bd. 111, S. 151 ff.

zustehenden Anspruch zu begründen. Als ein solcher komme der Anspruch des § 826 B. G. B. in Frage. Dieser Standpunkt des Reichsgericht ist durchaus zu billigen, da er nicht nur dem formellen Rechte entspricht, sondern auch zu einem billigen Ergebnis führt. An dem Grundsatz, daß das Prinzip der Rechtsnachfolge in keinem Falle von § 817, Satz 2 durchbrochen werden kann, wird hier nicht gerührt. Wenn die bloße formelle Befolgung des Prinzips zu einem unbefriedigenden Endergebnis zu führen scheint, dann sind, wie vorliegend, die Blankettnormen des bürgerlichen Gesetzbuches, insbesonderes die Vorschrift des § 826 B. G. B. gegeben, um formelle Härten zu mildern.

Der Umstand, daß die Judikatur bisher die dargelegten Auswirkungen des Strafcharakters des § 817 B. G. B. nur dann zum Gegenstand ihrer Erörterungen machte, wenn der Tatbestand des § 817, Satz 2 gegeben war, zwingt zu der Klarstellung der Frage, ob dieselben rechtlichen Ergebnisse und Wirkungen auch bei Vorliegen des Tatbestandes von Satz 1 der Vorschrift zur Anwendung kommen.

Gegeben sei der Fall:

Der Zweck einer Leistung war in der Art bestimmt, daß lediglich der Empfänger (nicht auch der Leistende) durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat, und nach Konkurseröffnung über dessen Vermögen ein Konkursverwalter bestellt ist. Hier wird das Problem akut, ob der Konkursverwalter auf eine Klage des Leistenden aus § 817, Satz 1 zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet ist, oder ob aus den vom Reichsgericht[1]) bei Satz 2 angenommenen Gründen eine Verpflichtung zur Herausgabe deshalb nicht bestehen kann, da die Norm Strafcharakter hat?

Meines Ermessens wäre jedoch eine gleiche Behandlung beider Fälle verfehlt. Denn schon eine billige dem natürlichen Empfinden entsprechende Betrachtungsweise läßt erkennen, daß die Herausgabepflicht dem Empfänger nicht nur als Strafe auferlegt ist, sondern auch, weil es an einer dem abstrakten Geschäft zugrundeliegenden vollgültigen causa fehlt. Zwar ist formell dem Rechtsgeschäft eine causa beigefügt worden, aber weil sie gegen die guten Sitten verstoßend ist, ist sie nicht als vollwirksam, vielmehr als mangelhaft anzusprechen und der Gesetzesratio nach, dem Mangel einer causa gleichzustellen. Für diese Auffassung spricht auch die Stellung der Vorschrift im System (unter dem Abschnitt der ungerechtfertigten Bereicherung).

Diese Ansicht braucht man nicht als mit dem Strafcharakter der Vorschrift völlig unvereinbar anzusehen. In den meisten Fällen wird ja der zur Herausgabe Verpflichtete mit dem sittenwidrig Handelnden identisch sein und dann sein Tun als Strafe empfinden. Bei dem Konkursverwalter dagegen scheint die Herausgabepflicht aus dem Gesichtspunkt der auf Grund der mangelhaften causa bereicherten Konkursmasse ausschlaggebend.

Mit besonders zutreffenden Gründen vertritt Planck[2]) diese Ansicht: „Man kann sagen, daß der Anspruch auf Rückgabe deshalb gewährt wird, weil es an einem zureichenden Grunde für die Vermögensverschiebung fehlt; allerdings ist formal ein Rechtsgrund vorhanden, der darin liegt, daß der Leistende einen Zweck bestimmt hat; aber der Rechtsgrund wird vom Gesetz als nicht vollgültig

---

[1]) R. G. E. Bd. 99, S. 161.

[2]) Planck, Bd. 2 zu § 817, Anm. 1, Ausg. 1907.
Staudinger, zu § 817 B. G. B., Ausg. 1929, S. 1709, der sich auf eine Entscheidnug des R. G in Warneyers Entscheidungen 1917, Nr. 16 stützt.

anerkannt. Aber wenn das die Zuwendung vermittelnde Rechtsgeschäft formell gültig und etwa selbst wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot nichtig ist, so leidet es doch an einem inneren Mangel, der hier auf der Seite des Empfängers liegt. Dieser hätte die zur Perfektion der Zuwendung erforderliche Annahme der Leistung mit Rücksicht auf den Zweck der Leistung verweigern sollen. Wegen dieses Mangels wird die Rückforderung zugelassen. Die Vorschrift steht also im Einklang mit dem Gedanken der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Sie dient dazu, eine innerlich nicht gerechtfertigte Vermögensverschiebung rückgängig zu machen."

Auch Crome [1]) stellt die causa illicita dem Mangel der causa gleich. Aus dem Umstand, daß die sonstige Literatur bei der Behandlung des § 817 B. G. B. hauptsächlich den Strafcharakter der Vorschrift zum Gegenstand ihrer Erörterungen macht,[2]) braucht man nicht notwendigerweise einen Widerspruch mit der dargelegten Ansicht herauszulesen, zumal die Literatur die Behandlung gerade dieser Frage zu § 817, Satz 1 B. G. B. nicht zum Gegenstand ihrer Erörterungen gemacht hat.

Der VI. Zivilsenat [3]) vom 13. 2. 1922 hat sich dem Urteil des VII. Zivilsenats, was den Strafcharakter des Satzes 2 angeht, angeschlossen, daß nämlich die Vorschrift als Strafe für die Betätigung verwerflicher Gesinnung aufzufassen sei. Auch der IV. Zivilsenat in dem Urteile vom 8. November 1922 [4]) vertritt mit aller Deutlichkeit diesen Gedanken und fordert mit der Erwägung, daß man strafen will, für den Zuwiderhandelnden keine Geschäftsfähigkeit, sondern läßt ausdrücklich Deliktsfähigkeit nach der ratio des Gesetzes ausreichen. Bei einem wegen Geistesschwäche Entmündigten kommt es also darauf an, ob ihm nach seinem Geisteszustande die verbotswidrige Handlung zugerechnet werden kann.

Das Reichsgericht hat bei Ergründung des rein persönlichen Strafcharakters besonderen Wert auf die historische Auslegung mit Rücksicht auf deren Zweck gelegt. Die Vorschrift entstamme dem römischen Recht (vgl. auch Art. 66, Schweizer Obligationenrecht). Schon im gemeinen Recht hat der Ausschluß der Rückforderung wegen verwerflicher Gesinnung Strafcharakter gezeigt, was vom Reichsgericht an Hand wichtiger Gesetzesquellen dargetan wird.[5]) Nur wegen seiner turpitudo sei dem Geber die condictio versagt.[6]) Der Gesichtspunkt der Strafe tritt übrigens auch in der vom römischen Recht abweichenden Regelung des A. L. R. §§ 205/206 A. L. R. I 16 hervor, das für derartige Fälle nur dem Fiskus die Condiction einräumt. Es heißt an jener Stelle: was zu einem unerlaubten Zwecke gegeben worden ist, kann nur der Fiskus zurückfordern ... und weiter: ein gleiches gilt von dem, was zu einem wider die Ehrbarkeit laufenden Zweck gegeben worden ist, sobald dieser Zweck und das Verwerfliche desselben dem Empfänger bekannt war.

Eine ähnliche moderne Gesetzesregelung, die ebenfalls ganz den Stempel poenalen Charakters trägt, findet sich im B. G. B. der russischen föderativen Sowjetrepublick wieder. § 147 B. G. B. bestimmt: Im Falle der Nichtigkeit des

---

[1]) Crome, System, Bd. 2, § 322, 1902.
[2]) So auch nunmehr der Komm. v. Planck in seiner neuen Ausgabe zu § 817 B. G. B. (1928).
[3]) R. G. E. Bd. 104, S. 50.
[4]) R. G. E. Bd. 105, S. 270.
[5]) L 3 D. 12,5; L 4 D. 12,5; L 8 D. 12, 5; L 5 D. 12,7 L 5 C. 4,7.
[6]) Vgl. auch R. G. E. Bd. 36, S. 202.

Vertrages wegen Gesetzeswidrigkeit oder weil er auf die offenbare Schädigung des Staates gerichtet ist, hat keine Partei das Recht, von der anderen Partei die Rückgabe des auf Grund des Vertrages Geleisteten zu fordern. Die ungerechtfertigte Bereicherung wird zu Gunsten des Staates betrieben.[1]) Schlußfolgernd wäre nur noch zu sagen, daß das Reichsgericht in einer Reihe noch weiterer Entscheidungen seine Auffassung dahingehend dokumentiert hat, daß der Vorschrift des § 817 B. G. B. krimineller Strafcharakter beizulegen ist. Wenn man auf Grund rechtsgeschichtlicher Entwicklung und vom Standpunkt der Motive aus, die zum mindesten einem pädagogischen Zwecke das Wort reden, die Streitfrage zu erörtern sucht, kann man dem reichsgerichtlichen Standpunkte beitreten. Mit dieser nunmehr einigen Stellungnahme der Zivilsenate hat sich allmählich auch im Schrifttum die Auffassung durchgerungen, daß dem Paragraphen im wesentlichen poenaler Charakter beizulegen ist.[2]) Der Gesetzgeber will hier mehr erzieherisch wirken, und in Durchführung dieses erzieherischen Zweckes soll im Sinne einer Generalprävention die Vorschrift auch noch zur Abschreckung anderer dienen, indem durch den Zwang, den der Gesetzgeber ausübt, mancher vom Verstoß gegen gute Sitten oder Verbotsgesetze zurückgehalten wird.

---

[1]) Freund, Das Zivilrecht Sowjetrußlands, S. 191.
Klibanski, Handbuch des gesamten russischen Zivilrechts auf Veranlassung des Oberbefehlshabers Ost.

[2]) Plank, zu § 817,4 der Ausg. 1928.
Enneccerus, Bd. I, 2, § 446,2, Anm. 3, S. 634. 1923.
v. Tuhr, in J. W. 1921, 2. Halbjahr, S. 1307, als Anm. zu dem Urteil des R. G. vom 15. Juni 1921
R. G. R. K. zu § 817, Anm. 1 b.
Warneyer, zu § 817 II, Abs. 2, S. 1290, Ausg. 1923.
Heck Ph., Archiv für civ. Pr. Bd. 124, § 2 Seite 17 ff.

3. Kapitel: Die Erfordernisse des § 817 B. G. B.

A. Die objektiven Erfordernisse.

I. In Satz 1 des Paragraphen.

1.) Als erstes Erfordernis und erste Voraussetzung muß für den Herausgabeanspruch aus § 817, Satz 1 B. G. B. in objektiver Hinsicht eine Leistung vorliegen.[1]) § 817 B. G. B. behandelt die condictio, die daraus erwächst, daß der Empfänger einer Leistung, der durch die Annahme der Leistung nach deren Zweckbestimmung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet ist. Der Paragraph findet also keine Anwendung, wenn sich jemand durch eigene unsittliche oder verbotene Handlung bereichert.[2])

Der Begriff der Leistung ist dem der Zuwendung nahe verwandt. Aber während man unter Leistung jedwede Vermögensverschiebung versteht, fällt im Gegensatz hierzu unter den Begriff der Zuwendung nur die Vermögensverschiebung, die jemandem einen Vermögensvorteil verschafft, der darin besteht, daß ein Vermögen größer wird als zuvor. In der Leistung kann z. B. jemand auf Grund einer Forderung Vermögenswerte erhalten, die dem Werte nach bereits in der Leistung enthalten sind. Es ist demnach bei der Leistung nicht notwendigerweise erforderlich, daß das Vermögen des Leistungsempfängers vergrößert wird, es genügt lediglich eine Vermögensverschiebung, durch die das Vermögen in seinem tatsächlichen Bestande verändert wird.[3])

Bei der Leistung ist aber, wie überall bei der ungerechtfertigten Bereicherung, im Sinne des Gesetzes nicht nur die direkte sachliche Hingabe eines Vermögensgegenstandes zu verstehen, sondern auch, wie § 812, Abs. 2 B. G. B. ausdrücklich ausspricht, die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses, sowie ferner die Begründung eines solchen. Sie kann auch in der Eingehung einer Verbindlichkeit (§ 817, Satz 2), in der Leistung von Diensten und in der Gebrauchsüberlassung bestehen.[4]) Jedweder Vermögenswert kann also Gegenstand einer Leistung sein.[5]) Im Sinne des § 817 B. G. B. kann Leistung in der Hingabe von materiellen Gütern, wie

---

[1]) Wie bei der gemeinrechtlichen condictio ob turpem causam.

[2]) Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl., 1904, S. 213, Anm. 1.

[3]) v. Tuhr, 2. Bd., 2. Hälfte, § 71, S. 49 ff.

[4]) R. G. E., Bd. 64. S. 148.
Staudinger, Bd. 2, 7. und 8. Aufl. 1912 zu § 817 2a, S. 1667.
Planck, 1928 zu § 817, I c, S. 1661.

[5]) Seuff. Archiv 1904, Bd. 59, Nr. 81, S. 145.

auch in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehen. Dies ist aus dem Wortlaut des § 817, Satz 2 ersichtlich.[1]) Nach der Terminologie des Gesetzes bleibt also der Begriff in Satz 1 und Satz 2 des Paragraphen derselbe.

2.) Nicht eine Leistung jedweden Charakters wird aber von der Bestimmung des § 817 betroffen, es ist vielmehr erforderlich, daß mit der Leistung der gesetzlich gemißbilligte Erfolg bezweckt wird, daß also die Leistung einen besonderen Stempel trägt.

So liegt der Mangel der inneren Berechtigung, den das Gesetz bei Gewährung des Anspruches auf Herausgabe des Empfangenen verlangt, nicht immer darin, daß das Rechtsgeschäft, das die Vermögensverschiebung zur Folge hat, wegen direkten Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtig ist, sondern kann auch darin begründet sein, daß der Verstoß lediglich im Verhalten der Parteien, im Zweck der Vermögensverschiebung liegt. Wie der Art. 1131 Cod. Napoleon kurz und schneidig die causa illicita dem Mangel der causa gleichstellt[2]), so wird auch hier ein solcher Zweck der Leistung dem gänzlichen Fehlen derselben gleichgestellt.

Deshalb bedurfte es der Vorschrift des § 817 B. G. B. als Sondervorschrift, da der § 812 B. G. B. in Verbindung mit den §§ 134/138 B. G. B. nicht ausreicht, um eine derartige Rechtsänderung zu verhindern. Für die Anwendbarkeit des § 817 B. G. B. kommt es somit nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft, in dem die Leistung beschlossen ist, oder auf dem sie beruht, in seinem Gesamtcharakter gegen rechtliches Veräußerungsverbot oder gute Sitte verstößt, sondern nur darauf, ob der Zweck der Leistung in der Art bestimmt ist, daß der Empfänger durch die Annahme (oder der Leistende durch die Leistung) gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat. Erforderlich ist also die Unsittlichkeit des Empfangsgeschäftes, der Annahme. Maßgebend ist, ob zur Zeit des Empfanges ein Gesetzes- oder Sittenverstoß vorliegt. War zwar bei Begründung des Schuldverhältnisses die Annahme des Versprechens verwerflich, aber die Annahme zur Zeit der Erfüllung nicht mehr sitten- oder verbotswidrig, findet § 817, Satz 1 B. G. B. bei Rückforderung der Erfüllung eines Versprechens keine Anwendung. Weil das Gesetz nun nicht sagt, daß die Annahme schlechthin unsittlich zu sein braucht, vielmehr die Unsittlichkeit sich aus dem Zweck der Leistung ergeben muß, greift § 817 B. G. B. weiterhin auch dort ergänzend ein, wo trotz der Gültigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts und der aus ihm erfolgenden Leistung die Annahme dieser Leistung gegen die gesetzlichen Erfordernisse verstößt: Z. B., wenn jemand einem Richter eine Summe Geld anbietet, um sich für sein gerechtes Urteil in einer Streitsache dankbar zu erweisen, so ist hier der Zweck dieser Hingabe ein durchaus einwandfreier; und doch verstößt die Annahme in Bezug auf diesen Zweck gegen das gesetzliche Verbot des § 331 St. G. B., der einem Beamten verbietet, für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung, Geschenke anzunehmen.[3])

War das Geschäft, zu dessen Erfüllung geleistet wurde, wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtig (§§ 134, 138),

---

[1]) . . ." es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht.

[2]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, § 322, 1902.

[3]) Crome, System des deutschen B. G. B. Bd. 2, 2, § 322.
Hachenburg, Vorträge z. B. G. B. 1896/97, S. 60.
Cohn, Wucherbestimmungen des B. G. B. in Gruch, Bd. 41. Wie ferner die überwiegende neuere Kommentierung zu § 817 B. G. B.

so ist die Rückforderung ja schon aus § 812 B. G. B. begründet, soweit der § 814 B. G. B. nicht entgegensteht.[1]) Nach § 138 B. G. B. ergreift der sich aus dem Gesamtcharakter (Inhalt, Zweck und Beweggrund) des Geschäfts ergebende Verstoß objektiv dessen Gültigkeit. Nach § 817 B. G. B. erübrigt sich vollkommen, erst nach dem Charakter des Geschäfts zu forschen, maßgebend ist die Gesinnung der Parteien, die auf jenen sittenwidrigen Zweck gerichtet sein muß.[2]) Das bloße Mitwirken unsittlicher Beweggründe kann nicht als genügend erachtet werden. Die Motive haben nur insofern einen gewissen Einfluß auf den Zweck der Leistung, als sie für die causa eines Rechtsgeschäfts, die diesen Zweck der Leistung bestimmt, maßgebend sind.[3]) Der Zweck der Leistung kann jedoch in der Art bestimmt sein, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.

a) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.

aa) Das Gesetz gestattet dem durch die Norm Begünstigten in weitgehendem Maße seine Rechtsverhältnisse „sein gutes Recht" nach seinem freien Willen auszugestalten. Wenn auf einigen Rechtsgebieten der Parteiwille nur Rechtsgeschäfte im starren Rahmen des ius cogens zu schaffen vermag, nämlich im Rahmen der festen Typen des Sachen- und Familienrechts[4]), können im Obligationenrecht die Parteien grundsätzlich ihre Käufe, Arbeitsverträge und sonstigen Geschäfte so einrichten, wie sie Lust haben.[5])

Aber auch innerhalb des ius dispositivum des Schuldrechts ist die Privatautonomie des Rechtssubjektes nicht schrankenlos. Die Rechtsgeschäfte müssen um eine vollgültige Wirkung auszulösen, einen rechtlich zulässigen Inhalt haben. Der Inhalt selbst hinwieder muß die nötige Bestimmtheit und Bestimmbarkeit besitzen. Wie weit sich diese erstreckt, ist bei den einzelnen Rechtsgeschäften verschieden.[6]) Ferner müssen die erstrebten Folgen möglich sein, wobei die natürliche Unmöglichkeit der rechtlichen gleichsteht.[7]) Der Inhalt des Rechtsgeschäfts bestimmt sich also nach den ihm zugrundeliegenden Willenserklärungen der Parteien, die jedoch nur solche Rechtswirkungen hervorrufen können, die der Gesetzgeber als voll gültig anerkannt hat, nicht dagegen solche, die er, weil dem öffentlichen Interesse entgegenlaufend, mißbilligt. Demzufolge bestimmt § 134 B. G. B. „ein Rechtsgeschäft, daß gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Dieser Verstoß ist naturgemäß immer da offensichtlich vorhanden, wenn ein Gesetz ein Rechtsgeschäft unmittelbar verbietet.[8]) Wo ein solches Verbot steht, ob in einem Reichsgesetz, in einem Landesgesetz, ob in einer privat- oder öffentlich rechtlichen (ins-

---

[1]) Planck, 1928 zu 817 II b, S. 1661. Staudinger, 1929, II 3, S. 1717. a. A. Enneccerus, Bd. 1, 2, S. 650, 3.
Dernburg, II 2, 733 II.

[2]) Seuff. Archiv Bd. 59, Nr. 81; R. G. in J. W. 1917, 35; Recht 1917, Nr. 48; Gruch. Bd. 61, 301; D. J. Z. 1918, 126.

[3]) R. G. E. Bd. 63, S. 350.

[4]) Wo im allgemeinen nur das anerkannt wird, was dem typischen Geschäft entspricht, und der Parteiwille nur betont, ob man diese Geschäfte abschließen will, ohne aber an ihrem Inhalt und folgeweise an ihrer Wirkung etwas zu ändern.

[5]) Hedemann, Schuldrecht des B. G. B. 1921, § 1 I c.

[6]) Vgl. § 315 ff. für das Schuldrecht.
Vgl. § 2156 für das Vermächtnis.

[7]) Vgl. § 306 für das Schuldrecht.

[8]) Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht 1902, § 401 II.

besondere strafrechtlichen) Materie, ist gleichgültig.[1]) Auch braucht es sich nicht notwendig um eine in den regelmäßigen Formen der Gesetzgebung zustandegekommenen Vorschrift zu handeln: Regierungserlasse und Verordnungen, ebenso wie polizeiliche Anordnungen sind hierher zu rechnen, sofern sie nur ihrem Inhalte nach gültiges Recht verkörpern, einerlei, welchem Einzelrechtsgebiet die Vorschrift angehört. Denn aus demselben Gedanken, daß es nur einen einheitlichen Begriff der Widerrechtlichkeit gibt, der in allen Rechtsmaterien der gleiche ist, ergibt sich entsprechend eine gleiche einheitliche Ausdehnung des Verbotsbegriffes auf alle Rechtsgebiete. Es wäre nämlich mit dem Wesen des Rechts unvereinbar, ein z. B. im Zivilrecht ausgesprochenes Verbotsgesetz im Strafrecht zu negieren.

v. Tuhr knüpft in seinen Ausführungen zu dem Ausdruck „Verbotsgesetze" eine scharfsinnige Erörterung an, die auf den ersten Blick bestechend wirkt.[2]) Wenn man bei solchen, die Privatautonomie einschränkenden Rechtssätzen, sagt er, einem Rechtsgeschäft die Wirkung versage, hätte das Gesetz das Rechtsgeschäft nicht verboten[3]), sondern unmöglich gemacht. Nicht das Dürfen des Rechtssubjekts sei beschränkt, sondern das Können. Die Unterscheidung erscheint mir jedoch zu eng; denn wenn ein Verbotsgesetz der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts entgegensteht, so ist damit grundsätzlich auch anzunehmen, daß es die Vornahme eines solchen verbietet. Das Gesetz bedient sich nicht nur der Hilfe eines Verbots, um die nichtgewollte Rechtswirkung zu vereiteln, sondern verfolgt einen Doppelzweck: es will zugleich das Rechtsgeschäft verbieten (das Dürfen des Rechtssubjekts beschränken) und zugleich auch dadurch den Erfolg hindern (das Können des Rechtssubjekts beschränken). Daß das Gesetz durch das Verbieten auch dem Dürfen des Rechtssubjekts Schranken auferlegen will, ergibt sich aus dem erzieherischen Zweck der Verbotsvorschrift, der diktatorisch befiehlt: „Du darfst nicht".

Soweit eine Verbotsbestimmung im Interesse der Allgemeinheit eine bestimmte gesetzespolitische Absicht verfolgt, stellt sie zwingendes Recht dar und duldet keine Vornahme oder Abänderung durch den Willen der Beteiligten. Zu beachten ist jedoch, daß nicht jedes Verbot derartige Absichten verfolgt. Auch hat die Allgemeinheit mitunter kein Interesse daran, Zuwiderhandlungen zu verhindern. Infolgedessen hat die Nichtbeachtung einer Verbotsbestimmung nur dann die unbedingte Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Bisweilen ergibt sich nun auf Grund ausdrücklicher Formulierung ein anderes, nämlich dann, wenn das Gesetz selbst Sonderbesimmungen für Zuwiderhandlungen trifft.[4]) Oft aber läßt nur die ratio des Gesetzes (bei Fehlen einer wörtlichen Gültigkeitsbestimmung) erkennen, ob ein Rechtsgeschäft trotz der Zuwiderhandlung gegen ein gesetz-

---

[1]) Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. 1, 1908, § 53, S. 186.

[2]) v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II 2. Hälfte, 1918.

[3]) Vgl. § 394 B. G. B. Kein Verbot, sondern Unwirksamkeit der Leistung ausgesprochen, während Gewerbeordnung § 115 (wegen der Strafandrohung in der Gewerbeordnung § 146, Nr. 1) als Verbot aufzufassen ist.

[4]) So, wenn das Gesetz in § 30 ff. K. O. § 3 Anf. G. die fraudulösen Rechtsgeschäfte nur für anfechtbar erklärt, wie auch für eine Zuwiderhandlung gegen § 241 K. O. § 134 außer Anwendung bleibt. Ebenso macht die Ueberschreitung der Höchstpreise oder eine Zuwiderhandlung gegen die Preistreibereiverordnung (Preiswucher) das Geschäft nicht nichtig, sondern bewirkt nur Herabsetzung des Preises (R. G. 88, 250; Dresden, Sächsisches Archiv 18, 172).

liches Verbot von der Nichtigkeit verschont sein soll.[1]) Denn der Ausdruck „verbieten" findet sich in den Gesetzen kaum. Der Weltkrieg hat eine Fülle von Verboten mit sich bringen müssen, die von den Militärbefehlshabern auf Grund des § 9b Pr. Bel. Z. Ges. im Interesse der öffentlichen Sicherheit erlassen worden sind und hierher gehören. So war in den Verordnungen des Krieges und der ersten Nachkriegszeit der Verkauf von Pferden, der Handel mit Malz, die Lieferung und Veräußerung von Großviehhäuten usw. ausdrücklich verboten.

Die Auffassung des Verbotsbegriffes so eng zu begrenzen, liegt aber keinesfalls in der Absicht des Gesetzgebers. Unter Verbot versteht man einen „Befehl auf Unterlassung einer Handlung". Gesetze aber, in denen von einem förmlichen Verbieten die Rede ist, finden sich keinesfalls überall da, wo es sich sinngemäß um ein Verbotsgesetz handelt. Man würde daher mit einer Definition, die sich an den engen Wortlaut klammert, den Bestimmungen der §§ 134, 817 B. G. B. und den zahlreichen weiteren Bestimmungen nicht gerecht werden. Daß nur eine weite Auslegung dem Gesetze genügen kann, um den wahren, vom Gesetz auch gewollten Zweck zu erreichen, sollen die nachfolgenden Ausführungen ergeben.

Die römische Rechtssprache bediente sich bereits der mannigfaltigsten Wortformulierungen, um ein Verbotsgesetz zum Ausdruck zu bringen. Besonders energisch sagt Endemann[2]), ist, soviel zu sehen, die Fassung in dem Zwölf-Tafelgesetz. Es heißt dort z. B. „...ne solvito, ne sepelito neve urito, neve facito", ferner nach Ciceros Bericht „conubia, ut ne plebei cum patribus essent sanxerunt" und nach Gaius, „prohibemur in sacrum dedicare". Im Schrifttum der römischen Juristen und im übrigen gerade von den klassischen Juristen wird auf die verbietende Form nicht mehr Wert gelegt, und die imperative Form tritt ganz naturgemäß zurück.

Die verbietenden Gesetze sollen zum Schutze der Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtshandlungen abwehren und deren Vorname gänzlich ausschließen. Nach Endemann[3]) negieren die Verbotsgesetze eine Willenserklärung, die nach den positiven Voraussetzungen der Rechtsordnung Wirkung haben würde, die aber nun kraft Gesetzesvorschrift als rechtswidrig erscheint. Nach v. Mayr[4]) gilt stets dann ein Gesetz als Verbotsgesetz, wenn es sich unzweideutiger Wendungen bedient, indem es ein gewisses Verhalten mit Nichtigkeit bedroht, für derart unwirksam oder nicht wirksam erklärt, daß es niemals wirksam werden kann, oder von vorneherein ausspricht, daß das Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden kann. Das Gesetz bezweckt mit der Schaffung von Verbotsgesetzen, demjenigen, der ein Rechtsgeschäft abschließen will, den Rahmen vor Augen zu halten, innerhalb welchem es ihm durch sein Tätigwerden gestattet sein soll, Rechtswirkungen zu zeitigen. Zu solchem Vorgehen gegen rechtsgeschäftliche Handlungen hat das Gesetz guten Grund, wo es gilt, die allgemeine Vertragsfreiheit aus sittlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen einzuschränken. Dem Mißbrauch, durch Aufstellung verschärfter, positiver Voraussetzungen zu wehren, würde gesetzestechnisch immer unvollkommen bleiben und

[1]) Die ratio muß im Wege der Auslegung zu ermitteln sein, weshalb auf den Verbotsgrund und auf den Zweck zurückgegangen werden muß, den der Gesetzgeber mit der Vorschrift verfolgt.

[2]) Endemann, Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze 1887, caput II, I. 1, S. 70.

[3]) Endemann, Verbotsgesetze S. 4.

[4]) v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 555/556.

in der Erreichung des Erfolges unzulänglich sein. An Hand der v. Mayr gegebenen Definition seien nachstehend einige im Gesetz verstreute Normen angeführt, die wegen der unzweideutigen Wendungen als Verbote leicht erkenntlich sind.

So erklärt das Gesetz z. B. ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Vorgehen für nichtig,[1]) erachtet es als unwirksam,[2]) oder erklärt es für nicht wirksam,[3]) schließt durch die Wendung „ist nicht übertragbar" seine Vornahme aus,[4]) oder bestimmt, daß es überhaupt nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen vorgenommen werden kann.[5]) Trotz des Wortlautes „kann nicht" billigt die Rechtslehre heute einmütig den Standpunkt, daß die Bestimmung des § 181 B. G. B. kein Verbotsgesetz mit unheilbarer Nichtigkeit im Sinne des § 134 B. G. B. ist.[6]) § 181 enthält nämlich ius dispositivum und gibt eine Auslegung des Umfanges der Vertretungsmacht.[7]) Wenn § 181 das Nichtkönnen durch entsprechende Gestattung beseitigt, so beweist dies, daß die Notwendigkeit des sogenannten „Selbstkontrahierens" ohne Gestattung aus dem Mangel einer so weitgehenden Vertretungsmacht erklärt werden müsse, und durch Genehmigung des Vertreters nach § 177 B. G. B. geheilt werden könne.[8]) Falls man § 181 B. G. B. für ein Verbotsgesetz hielte (nach § 134 B. G. B.), stände er nicht nur mit dem § 177 B. G. B., sondern auch mit den §§ 456—458 B. G. B. in Widerspruch, wo auch die Genehmigung einem gesetzwidrig vollzogenen Zwangsverkauf zur Wirksamkeit verhilft. Zu beachten ist jedoch, daß nicht alle nichtigen oder unwirksamen Geschäfte verboten sind.

Will man aus der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit auf ein Verbot schließen, muß man vorsichtig vorgehen. So liegt kein Verbot vor, wo ein Geschäft mangels inhaltlicher oder förmlicher Voraussetzungen unwirksam ist. Auf ein Verbot ist nur da zu schließen, wo ein Geschäft, obwohl die allgemeinen Voraussetzungen seiner gültigen Vornahme gegeben sind, doch deshalb für unwirksam erklärt wird, weil es wegen seiner besonderen Eigenart einen von der Rechtsordnung gemißbilligten Erfolg fordern würde.[9])

bb) Werden durch das Verbot auch die sogenannten „Umgehungsgeschäfte" oder „rechtsgeschäftliche Schleichwege" getroffen, die den vom Verbotsgesetz gemißbilligten Erfolg auf einem anderen von ihm nicht bezeichneten Wege zu erreichen suchen?

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es vermieden, für derartige Umgehungsgeschäfte[10]) (in fraudem legis) besondere Anordnungen zu treffen.[11]) Wie aus

[1]) Siehe §§ 248, 310, 312, 443, 723,3, 1136.
[2]) Siehe §§ 111, Satz 1; 161, 174.
[3]) Siehe §§ 130, Satz 2; 131, 409.
[4]) Siehe §§ 514, 613, 717, 1059.
[5]) Siehe §§ 93, 137, 225, 276, Abs. 2, 400, 419, Abs. 3, 814, 1023, Abs. 2, 1014, 1614, 1641, 1804, 1888
[6]) Dernburg, B. G. B. 1906, 1. Bd., § 170, S. 559.
Enneccerus, § 168 III, 2 Anm. 17, Ausg. 24, S. 464.
Hupka, Die Vollmacht § 19, S. 342. Lehmann, Allgemeiner Teil 1928, § 36, 4 c, S. 280. Löwenwarter, Lehrkommentar 1. Bd. 1924 zu § 181, S. 290; R. G. E. Bd. 56, 107; 89/374; 103/418. K. G. Recht 1923 Nr. 8. a. A. früher R. G. Bd. 51, S. 422; ferner Endemann, Lehrbuch des B. G. B. 1903, Bd. 1, § 80, S. 400.
[7]) So Planck-Flad zu § 181, Anm. 3a, S. 483.
[8]) So R. G. E. Bd. 67, S. 54.
[9]) Anordnungen der Besatzungstruppen im besetzten Gebiete sind keine Verbotsgesetze im Sinne des § 134 B. G. B. (R. G. 107, S. 173, Warneyer, Komm. 1930 zu § 134 VI, S. 237).
[10]) Fetsch, Die Umgehung des Gesetzes. Zürich 1917.
Rabel, Zeitschrift Savigny-Stiftung Rom, Abtlg. 27, 290 ff 28/311 ff.
Ivo Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere.
[11]) Fetsch, a. a. O. S. 4, 282, 297.

den Protokollen ersichtlich,[1]) wurde in der Kommission für die zweite Lesung der Antrag gestellt, den § 105 (der dem jetzigen § 134 B. G. B. entspricht) einen dementsprechenden Zusatz anzufügen. Man hielt es jedoch schließlich für unzweckmäßig, eine positive Vorschrift über die Gesetzesumgehung aufzustellen, zog es vielmehr vor, die Klarstellung dieser Frage dem richterlichen Ermessen im Einzelfall zu überlassen.[1])

Zu prüfen bleibt, ob das Verbot im jeweiligen Falle den Zweck verfolgt, 1.) die Verwirklichung des beabsichtigten praktischen Erfolges überhaupt zu verhindern oder 2.) lediglich das zur Herbeiführung des Erfolges gewählte Mittel zu versagen. Ergibt sich aus den Zwecken des Verstoßes, daß das Gesetz einen bestimmten Erfolg überhaupt verhindern und nicht nur seine Erreichung durch eine bestimmte Geschäftsart oder Geschäftsform bekämpfen will, wobei nicht einmal eine genaue juristische Übereinstimmung des von den Parteien gewollten und des vom Gesetz verbotenen Zweckes erforderlich ist, vielmehr die Gleichheit des beabsichtigten und verwehrten wirtschaftlichen Erfolges den Ausschlag geben muß, so werden durch das Verbot auch die sogenannten Umgehungsgeschäfte getroffen, weil sie eben den vom Verbotsgeschäft gemißbilligten Erfolg auf einem anderen als vom Gesetz nicht direkt bezeichneten Wege zu erreichen versuchen.[2]) An und für sich können Rechtsformen zu beliebigen wirtschaftlichen Zwecken, die mit ihnen erreichbar sind, verwendet werden. Wer Sicherheit stellen will, kann die Sache, die zur Sicherung dienen soll, verkaufen, zu Eigentum übertragen, leihen, precario übergeben u. s. f. Unerlaubt ist also ein solches Verfahren nur dann, wenn es sich mit dem Willen des Gesetzgebers in Gegensatz stellt, d. h. wenn durch das Verbot nach dem durch Auslegung festzustellenden Gedanken des Gesetzgebers die Verwirklichung des praktischen Erfolges verhindert werden soll. Diesem im Schrifttum anerkannten Grundsatz hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen.[3]) Z. B. der Arbeitgeber sucht dem durch das Aufrechnungsverbot des § 394 B. G. B. gemißbilligten Erfolg durch Zurückhaltung des Lohnes zu erreichen,[4]) eine unzulässige Gesetzesumgehung, bei welcher deshalb auch dem Umgehungsgeschäfte das Verbot anhaftet.[5]) So hat das Reichsgericht mit Recht bei einem Abkommen entschieden,[6]) daß nach Abschluß und Bestätigung eines Zwangsvergleiches in der erklärten Absicht getroffen wird, ein bereits vor dem Zwangsvergleiche bewußter Weise unwirksam vereinbartes Rechtsgeschäft zur Bevorzugung eines Gläubigers zu bestätigen, da hier gerade der § 181 K. O.[7]) den durch Umgehung desselben herbeigeführten Erfolg der Bevorzugung einzelner Gläubiger verhindern will. Nichtig ist ferner der über

---

[1]) Protokolle Bd. 1, S. 123.
Anders noch im Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894, dessen § 6 ausdrücklich die zur Umgehung seiner Bestimmungen dienenden Verträge für nichtig erklärt.

[2]) Enneccerus. Allgemeiner Teil 1924, § 177 II.
Stammler, a. a. O., S. 404.
Löwenwarter, Lehrkommentar 1924, § 117, S. 99.
v. Tuhr, Bd. 3, S. 7. Vetsch, a. a. O., S. 77.

[3]) R. G. E. Bd. 100, S. 210. K. G. in Zeitschrift für Bergrecht 43, S. 108.

[4]) R. G. E. Bd. 85, S. 112.

[5]) A. A. Enneccerus, Bd. 1, 2, § 249, 3, Anm. 8, S. 73, Ausg. 1923. Ferner Planck, 3. Aufl. zu § 293, 2a. Schollmeyer, § 394, 1; Oertmann § 273, 4b.

[6]) R. G. E. Bd. 61, S. 299.

[7]) § 181 K. O. lautet: Satz 3: . . . jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch welche diese bevorzugt werden sollen, ist nichtig.

die Bestellung des anderen als Stellvertreter geschlossene Anstellungs- und Verwaltungsvertrag (sogenannter Kastellanvertrag), weil in Wahrheit ein Vertrag z. B. über die Verpachtung der Wirtschaft gewollt ist. Der andere soll auf eigene Rechnung „wirtschaften" und somit die dafür erforderliche Konzession umgangen werden, was sich jedoch als Verstoß gegen die Verbotsgesetze der §§ 33, 147 Gewerbe-Ordnung darstellt.[1])

Für den Fall zu 2) kann hingegen von einer Umgehung des Gesetzes nicht gesprochen werden, weil das Gesetz hier nur die bestimmte Geschäftsart oder Geschäftsform, also nur dieses Mittel der Verwirklichung des Erfolges untersagen und bekämpfen will. So liegt eine Gesetzesumgehung nicht vor, wenn ein Geschäft anderer Art vorgenommen ist, auch wenn durch dieses im praktischen Ergebnis derselbe Erfolg erstrebt ist, wie eben durch das verbotene Rechtsgeschäft. Es wird hier von den Parteien versucht, unter Vermeidung des als verbotswidrig bezeichneten Mittels und Weges auf andere Art und Weise denselben Erfolg zu zeitigen.[2]) So läßt sich in den Reichsgerichtsentscheidungen die Wahrnehmung machen, daß es möglicherweise nicht immer der Erfolg selbst, sondern nur ein besonderes Mittel zu seiner Erreichung ist, gegen das sich, um seiner Eigenart willen, das Gesetz wendet. Dann ist auch nach dem Reichsgericht die Herstellung des Erfolges auf einem anderen an sich nicht verbotenen Wege nicht als Umgehung zu behandeln, — also rechtsgültig.[3]) Keine Umgehung des § 1205 B. G. B. ist aus demselben Grunde die Sicherheitsübereignung zu pfandrechtlichen Zwecken; § 1205 B. G. B. will nur der Verpfändung unter Besitzvorbehalt (constitutum possessorium) die Anerkennung versagen, nicht aber jede andere Form der Sachsicherung unter Besitzvorbehalt mißbilligen.[4]) Ferner ist es auch die bestärkende Schuldübernahme keine Umgehung der formgebundenen Bürgschaft.[5]) Auch liegt nach Reichsgericht keine Gesetzumgehung vor, wenn eine Forderung lediglich zu dem Zweck abgetreten wird, um den Cedenten im Prozeß als Zeuge auftreten zu lassen.[6]) Dagegen wird in dem ähnlichen Falle, daß eine Forderung an einen Unvermögenden cediert wird, damit der Cessionar im Armenrecht klagen und den Rechtsstreit ohne Kostenrisiko des Abtretenden führen kann, mit Recht Nichtigkeit aus § 138 B. G. B. angenommen.[7]) Viel erörtert wurde besonders in letzter Zeit der Begriff der Umgehung der Gesetze im Steuerrecht. Nach § 5 der Reichsabgabenordnung kann „durch den Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden". Die Steuerrechtsbegriffe sind jedoch selbständig und haben die unmittelbaren Wirtschaftsverhältnisse zur Grundlage und sind mithin nicht an die Begriffe des Privatrechts gebunden.[8]) Infolgedessen

---

[1]) R. G. E. Bd. 67, S. 322. Warneyer, 1908, Nr. 371, 1909, 443.

[2]) Endemann, Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, S. 26; v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 558; Oertmann, Komm. zu § 134, 7, S. 476, Ausg. 1927; Warneyer, Komm. 1930 zu § 134, I, S. 232. Endemann, Lehrbuch des B. G. B., Bd. 1, S. 48; Lehmann, Allgemeiner Teil § 29 III 4, S. 171; Lurje, Bürgerliches Archiv 41, S. 372 ff.

[3]) So O. L. G. Celle vom 2. 11. 1911, Rechtsprechung 24, 252. Ferner R. G. E. Bd. 26, 184; 44, 112; 67, 322; O. L. G. E. 22, 136.

[4]) R. G. E. Bd. 59, S. 146.

[5]) Vetsch, a. a. O., S. 277.

[6]) R. G. E. Bd. 81, S. 160.

[7]) R. G. E. Bd. 81, S. 175; Lux, Schulung für die juristische Praxis 1929, S. 836.

[8]) Hensel, Zur Dogmatik des Begriffs Steuerumgehung, in Festgabe für Zittelmann, 1923, S. 237 ff.

gibt es gar keine Steuerumgehung, die nicht durch richtige Auslegung des Steuergesetzes unwirksam wäre.[1])

Der herrschenden Meinung, die ein in fraudem legis abgeschlossenes Rechtsgeschäft als gegen ein Verbotsgesetz verstoßend betrachtet, steht an namhafter Kommentierung heute noch der Kommentar von Staudinger entgegen.[2]) Er rechnet zu den Verbotsgesetzen auch solche Rechtsgeschäfte, bei welchen das Verbot sich nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Geschäfts richtet, insbesondere auch solche, welche auf eine durch Gesetz verbotene Handlung gerichtet sind. Dagegen „läßt sich nicht schlechthin behaupten, daß die Nichtigkeit auch solche Rechtsgeschäfte treffe, welche zur Umgehung des Geschäfts abgeschlossen sind, also in einer anderen Rechtsform den nämlichen oder einen ähnlichen Zweck erreichen wollen, wie den, welchem das Verbotsgesetz entgegentritt." Für die von ihm vertretene Ansicht gibt der Kommentar weiter keine Begründung, als diejenige, sich lediglich auf die Protokolle zu berufen. Die Frage ist demnach der Auslegung im Einzelfalle überlassen. Die Frage der Umgehung ist also gleichbedeutend mit der Frage nach der richtigen Auslegung oder Handhabung der Norm nach ihrem Zweck und inhaltlichen Tragweite. Nicht die Form, sondern der Rechtsinhalt eines Geschäfts entscheidet dessen Charakter. „Wir haben nicht das Gesetz zu interpretieren, das ganz deutlich vor uns steht, sondern die einzelne Handlung."[3]) Es ist demnach bei jedem Verbotsgesetz im einzelnen der Grund des Verbotes zu prüfen und danach erst die Frage zu beantworten, ob der Gesetzgeber ein Rechtsgeschäft, das sich als Zuwiderhandlung darstellt, als nichtig behandelt wissen will.[4])

cc) In einem kurzen Abschnitt soll auch die Frage erörtert werden, daß unter gesetzlichem Verbot auch das Verbot von Geschäften durch Strafgesetze zu verstehen ist. Zu beachten bleibt auch hier, daß nicht jede Strafandrohung geeignet ist, das eine Zuwiderhandlung enthaltende Rechtsgeschäft als nichtig erscheinen zu lassen. Auch hier ist jeweils aus dem Zwecke des Strafgesetzes im Wege der Auslegung festzustellen, ob dieses sich gegen das Rechtsgeschäft als solches richtet, somit auch die privatrechtliche Wirkung des Geschäfts verhindern will, oder ob damit lediglich die tatsächliche Vornahme desselben unter bestimmten Begleitumständen verboten bezw. der Schutz der öffentlichen Ordnung bezweckt ist. Nach der Auslegung, die Fischer in seiner und Henles Handausgabe[5]) dem § 134 B. G. B. gegeben hat, scheint es, als wenn nur die zivilrechtlichen Verbotsgesetze in Frage kämen. Der Gesetzgeber hat jedoch an eine weitgehende Auslegung der Bestimmung gedacht und man wird sich auch hier darüber einigen müssen, daß eine derartige Abgrenzung des Begriffes nicht gewollt ist.[6]) Die Motive betonen, daß die Vorschrift besonders die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechts, besonders des Straf-

---

[1]) So Ball, Steuerrecht und Privatrecht, 1924, S. 130.

[2]) Staudinger, Komm. 1910 zu § 134, S. 463; 1929, Bd. 1, zu § 134.

[3]) Savigny, System I, 325.

[4]) R. G. E. 100, S. 40; R. G. E. 105, S. 288, 366, 410.

[5]) Fischer-Henle, B. G. B. zu § 134.
Ebenso scheinbar Planck in der Ausg. 1898 zu § 134.

[6]) Eck, Vorträge z. B. G. B. I, S. 126.
Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. 1899, Bd. I, S. 39; Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts 1899 III 3, S. 101.

gesetzes im Auge habe.[1]) Aber, sagt Stammler[2]) mit Recht, es gehören hier auch solche Fälle nicht hin, in denen nach Ansicht des Gesetzes nicht schon allgemein mit Rücksicht auf seine Natur, sondern nur wegen der besonderen Begleitumstände, unter denen es abgeschlossen ist, die Vornahme untersagt sein soll. Das ist der Fall bei der Vornahme von Kaufgeschäften unter Verstoß gegen die Bestimmungen über die Sonntagsruhe,[3]) ferner die Schenkungen, soweit dabei seitens des Beschenkten gegen das Verbot des Bettelns gefehlt wird.[4])

Kann ein Verbotsgesetz im jeweiligen Falle als vorliegend betrachtet werden, so ist beachtlich, daß Verbotsgeschäfte eines Strafgesetzes, insbesondere ein Rechtsgeschäft nicht nichtig machen, wenn sie sich nur gegen die Handlungsweise des einen Teils der Vertragsschließenden richten, wie das beispielsweise bei den §§ 253, 263, 301, 302, 288 Str. G. B. und § 7, Abz. Gesetz zutrifft.

dd) Erwähnung sei auch noch den gesetzlichen Veräußerungsverboten geschenkt, die ebenfalls hierher gehören und sich als Ausnahmevorschriften darstellen, indem sie Veräußerungen verbieten, die nach allgemeinen Rechtsprinzipien zulässig sein würden. Ein Verfügungsverbot ist mithin nicht schon dann anzunehmen, wenn die Veräußerung nach allgemeinen Regeln unwirksam oder nur beschränkt wirksam ist, z. B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Veräußernden oder weil ihm das Recht, über das er zu verfügen versucht, gar nicht zusteht, ferner weil es mit einem beschränkten Rechte oder einer zeitlichen Schranke behaftet,[5]) oder, wie beim Nießbrauch, seiner allgemeinen Natur nach unveräußerlich ist.[6])

Das Gesetz unterscheidet nun zwischen absoluten, im Interesse der Allgemeinheit erlassenen — und relativen Veräußerungsverboten, die nur dem Schutze bestimmter Personen zu dienen bestimmt sind. Im ersten Falle ist die Verfügung, welche dem Veräußerungsverbot widerspricht, nach der allgemeinen Regelung des § 134 B. G. B. nichtig, kann auch später nicht gültig werden (nicht konvaleszieren), und der gutgläubige Erwerb auf Grund einer solchen (nichtigen) Verfügung wird nicht geschützt. Nach § 135 B. G. B., der nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, ist das Geschäft nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam, anderen gegenüber gültig.[7]) Veräußert der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung noch Waren von seinem Lagerbestand, so ist das unter den Beteiligten gültig, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Gleiche Wirkung haben die von einem Gericht oder einer anderen Behörden zum Schutz bestimmter Personen erlassenen Veräußerungsverbote (§ 136 B. G. B.). § 136 stellt trotz seines weitergehenden Wortlautes diese Veräußerungsverbote den gesetzlichen des § 135 nur soweit gleich, als sie lediglich den Schutz bestimmter Personen bezwecken, z. B. Veräußerungsverbote durch einstweilige Verfügung. (§ 938 II Z. P. O.[8]). Nur v. Tuhr leugnet, daß es überhaupt Beispiele für relative Veräußerungsverbote gibt. Er stellt die Behauptung auf, die üblich gewählten

[1]) Motive Bd. 1, S. 210.
[2]) Stammler, a. a. O., S. 405. v. Mayr, Bereicherungsanspruch, § 53, S. 558/59; R. G. R. K. 1923 zu § 134.
[3]) Vgl. §§ 41a, 146a Gew. O.
[4]) Vgl. § 361, Ziff. 4 St. G. B.
[5]) §§ 161, 163 B. G. B.
[6]) § 1059 B. G. B.
[7]) Z. B. § 719 B. G. B. und §§ 6, 7 K. O., ferner §§ 1128, 1130 B. G. B.: J. W. 1919, S. 678: — § 2211.
[8]) Siehe ferner Zw. VG. § 23 Z. P. O. §§ 935, 829, 1019; K. O. §§ 106, 113.

Fälle, wie z. B. die Verfügungsbeschränkung der Ehefrau, des Vorerben,[1]) des Gemeinschuldners, des Erben bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers, ergäben sich aus der Stellung der betreffenden Personen und seien daher Verfügungsbeschränkungen im eigentlichen Sinne, oder aber erklärten sich aus der Natur der Sache. Schlußfolgernd sei noch erwähnt: Verbotsgesetze im weiteren Sinne sind alle Bestimmungen, welche die Vornahme einer Handlung verbieten wollen. Verbotsgesetze im Sinne des § 817 B. G. B. sind dagegen nur solche, die die Verwirklichung eines gewissen, von den Parteien gewollten, wirtschaftlichen Erfolges deshalb nicht zustandekommen lassen, weil das Gesetz nicht bloß den Abschluß, sondern auch den Zweck des Geschäfts mißbilligt.

b) Gute Sitten.

Das zweite, zur tatbestandmäßigen Erfüllung des § 817 B. G. B. wesentliche Erfordernis, ist der Verstoß gegen die „guten Sitten".

Überall dort, wo sich Menschen zu einer Einheit zusammenfinden, hängt die Möglichkeit eines berechtigten Daseins — ihre Wohlfahrt —, vom Vorhandensein einer gesellschaftlich sozialen Ordnung ab, innerhalb der sich die Rechtsordnung entwickeln muß. So besitzt die menschliche Gesellschaft tatsächlich zwei Ordnungen; die sittliche Ordnung und die Rechtsordnung, zu deren Aufrechterhaltung es hinwiederum zweier Normenarten bedarf. Jhering erklärt diese Zweiheit der Normen aus der Verschiedenartigkeit der der Gesellschaft zur Durchführung ihrer Zwecke zu Gebote stehenden Zwangsmittel,[2]) des psychologischen und des mechanischen (Rechts) Zwanges. Beide verfolgen aber stets den einen gleichen Zweck,[3]) nämlich dem Nutzen der Gesellschaft zu dienen.[4]) So wird denn in übergreifender Ergänzung zueinander das rechtmäßige Geschehen einen sittlichen Charakter tragen, was dann deutlich der Fall ist, wenn das Recht

1.) sittliche Normen übernimmt — recipiert,[5]) indem es das sittliche Handeln direkt vorschreibt, oder

2.) der Rechtsnorm nur insoweit Wirksamkeit beilegt, als sie dem Sittengesetz nicht widerspricht. Jedoch ein Rechtsgedanke solch allgemeiner Art muß so statuiert sein, daß seine Durchführung angängig erscheint, ohne daß dadurch die wichtigste Aufgabe des Rechts, sichernd zu wirken, beeinträchtigt wird. Man muß mit anderen Worten die Rechtsnorm in einzelnen Beziehungen auf das Sittengesetz korrigieren.[6])

In weitgehender Weise räumt das bürgerliche Recht der Moral Einfluß ein.[7]) So hat es an verschiedenen Stellen des Gesetzbuches wörtlich des Ausdruckes der „guten Sitten" Erwähnung getan, als einer sozialen Ordnung, die dazu berufen ist, ergänzend, ja vervollkommnend die Bestrebungen der Rechtsordnung zu fördern und zu unterstützen. Es findet sich der Ausdruck der

---

[1]) Für die absolute Unwirksamkeit der Verfügungsbeschränkung der Ehefrau, des Vorerben auch Mitteis, a. a. O., S. 32.

[2]) v. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. 2, S. 179.

[3]) Derselbe, Bd. 2, S. 212.

[4]) Leonhard, Der Vertrag gegen die guten Sitten in Festausgabe für Bekker 1907, S. 99.

[5]) Lothmar, Der unmoralische Vertrag 1896, S. 10.
Der positive Einfluß der Moral.

[6]) Lothmar, a. a. O., S. 9. Der negative Einfluß der Moral.

[7]) Vgl. auch die Bestimmungen der §§ 226 B. G. B. (Schikane) § 157, 162, 815 B. G. B. (Treu und Glauben).

„guten Sitten“ außer in den §§ 138, 817 B. G. B. ebenfalls in den §§ 819, 826 B. G. B. und im Art. 30 E. G. B. G. B. wieder.

aa) Den Begriff der guten Sitten zu definieren, ist deshalb schon nicht leicht, weil nirgendwo in den Entstehungsgründen eine klare Definition gegeben wird; man beschränkt sich vielmehr lediglich auf eine Begründung des gebrauchten Ausdruckes. Es fragt sich nun, was sind gute Sitten und von welchem Standpunkt aus hat die Beurteilung zu geschehen?

Die Frage, was unter der Bezeichnung „gute Sitten“ zu verstehen ist, spielt in der Vorgeschichte des B. G. B. in Sonderheit der des § 138 B. G. B. eine bedeutende Rolle. Schon der erste Entwurf bestimmte in § 106, der dem jetzigen § 138 B. G. B. entspricht, daß ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, nichtig ist. Damit wollte der Gesetzgeber die allzu enge Formulierung einiger Gesetzbücher vermieden wissen, die nur auf die Unsittlichkeit der übernommenen Leistung selbst abgestellt hatten. In der zweiten Kommission wurde zunächst der Begriff der öffentlichen Ordnung, für den der erste Entwurf den Code civil als Vorbild genommen hatte, ausgeschieden, da seine Bedeutung eher im internationalen Privatrecht oder im Völkerrecht begründet sei, und es ihm zumal „an einer sicheren Begrenzung fehle“.[1]) Ferner wurde beantragt, den Ausdruck „gute Sitten“ durch „Sittlichkeit“ zu ersetzen. Dieser Antrag wurde jedoch von der Kommission abgelehnt,[2]) und es wurde dazu ausgeführt, daß die Beibehaltung des Ausdruckes „gute Sitte“ der Vorschrift des § 106 (138 B. G. B.) einen umfassenderen Geltungsbereich sichere und den richtigen objektiven Maßstab des Gesetzes enthalte,[3]) entgegen der Meinung der Antragenden, daß der Ausdruck der „Sittlichkeit“ den zugrundeliegenden Begriff treffender und genauer bezeichne. Wenn nun die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs der Ansicht war, die Frage hiermit endgültig aus der Welt geschafft zu haben, so hat sie geirrt. Mit der endgültigen Aufnahme dieser Formulierung der „guten Sitten“ in das Gesetz ist der Streit in der Literatur nicht verstummt. Die Erörterung über die Frage kam erst jetzt so recht in Fluß, und es mehrten sich die widersprechenden Stimmen in kaum übersehbarer Fülle. Der weitaus überwiegende Teil war der Ansicht, daß der von der Kommission gewählte und gewollte Begriff „mißglückt“ sei. Im Streit der Meinungen ergeben sich für den Begriff der „guten Sitten“ zwei grundlegende Möglichkeiten der Auslegung.

a) Die Möglichkeit, ihm die wörtliche Bedeutung der Sitte oder

b) die ihm übertragene Bedeutung der „Sittlichkeit“ beizulegen.

Von diesen beiden Möglichkeiten geht der auf beiden Seiten von namhaften Anhängern gleich hartnäckig geführte Streit in Literatur und Judikatur aus. Die nächste Aufgabe muß deshalb sein, über die beiden Grundbegriffe, die in einzelnen Darstellungen noch dazu vielfach miteinander kombiniert werden, bisweilen sogar identifiziert werden, Klarheit zu schaffen, um so eine Kritik der Literatur und Rechtsprechung zu ermöglichen und damit also das Resultat des vom Gesetz Erstrebten und Gewollten zu gewinnen. Es mag schon jetzt vorweg genommen werden, daß Sitte hier nicht mit dem sprachlich verwandten Ausdruck

[1]) Diese fehlt ja gerade dem Begriff der „guten Sitten“ auch! Staudinger 1925. § 138 I 1, S. 571.
[2]) Vgl. Lothmar, a. a. O., S. 12. Jacobi, a. a. O., S. 78/79.
[3]) Protokolle 1, S. 124.

von Gewohnheit oder Gepflogenheit gleichzustellen ist, denn darauf deutet ja bereits das Wörtchen „gut“ hin, im Gegensatz zur schlechten Sitte, der „Unsitte“. Die Sprache verbindet mit dem Singularbegriff der Sitte stets das Gute, während der Plural zur Bezeichnung der Qualität der Beifügung des Adjektivs „gut“ bedarf.[1])

Bei Betrachtung der einschlägigen Literatur macht man die Beobachtung, daß zwei Wege verfolgt und für das jeweilige Ergebnis in Anspruch genommen werden.

1.) Die historische Methode,

2.) Die sprachforschende Methode.

Die historische Methode betrachtet es als maßgebend, welche Begriffe des bisherigen Rechts den Gesetzgeber zur gewählten Wortwahl bewogen haben. In ihrer letzten Konsequenz kommt diese Methode im wesentlichen darauf hinaus, den Ausdruck der „guten Sitte“ als wörtliche Übersetzung des lateinischen Rechtsbegriffes boni mores aufzufassen. „Es handelt sich dabei um eine kaum sonderlich gelungene Verdeutschung der lateinischen Kennzeichnung „contra bonos mores“, die auch entsprechend auszulegen ist.“ [2]) Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß dem römischen Sprachgebrauch, anders wie dem deutschen, die feine sprachliche Unterscheidung zwischen „Sitte“ und „Sittlichkeit“ (Moral) fremd war. Auch schieden die Deutschen damals schon zwischen „Sitte“ und „Sittlichkeit“. Sie haben der letzteren nur, wie die Römer, noch keinen gesonderten Ausdruck verliehen.[3]) Erst die neuhochdeutsche Sprache hat den entscheidenden Schritt getan und für den Begriff der „Sittlichkeit“ ein eigenes Wort geschaffen.[4]) Ehe diese Stufe aber erreicht war, wurde das römische Recht in Deutschland recipiert. Die Römer verstanden jedenfalls unter „boni mores“ die Sittlichkeit und unter dem Verhalten „contra bonos mores“ die Unsittlichkeit.[5]) Man belegte ja gemeine Kriminalverbrechen mit Ausdrücken, die moralisierende Bedeutung hatten, wie „turpitudo“,[6]) „turpe“[7]) u. a. m. Es kann nicht schlechthin angenommen werden, daß der Gesetzgeber sich deshalb engherzig an eine überlieferte Übersetzung geklammert hätte, weil er in der deutschen Sprache keinen passenden Begriff finden konnte, sondern der Gesetzgeber hat den alten historisch überlieferten Ausdruck übernommen und damit den traditionell zugrundeliegenden Begriff — den der Sittlichkeit — bezeichnen wollen.[8])

Die sprachforschende Methode dagegen sucht aus dem Geist der Sprache heraus den Begriff zu deuten und ihn also auf Grund sprachwissenschaftlicher Forschung zu ergründen und die Ergebnisse auf das geltende Recht zu übertragen. Im Sprachgebrauch werden die beiden Begriffe scharf auseinandergehalten. Die „Sitte“ bezieht sich auf äußeres Benehmen des Menschen, die

---

[1]) v. Jhering, Bd. 2, S. 22/24 ff.

[2]) So Warn. 1927 zu § 138 B, S. 485. Ferner Jacobi, Recht, Sitte und Sittlichkeit, Jherings Jahrbuch, Bd. 41, S. 68.

[3]) Ebenso die Griechen mit ihrer δίκη.

[4]) v. Jhering, Bd. 2, S. 53 ff. Jacobi in Jherings Jahrbuch 41, S. 79; Jacobi, Die sittliche Pflicht im B. G. B., Berlin 1900, S. 19.

[5]) 1. 15. D. 28, 7. Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (Papinianus).

[6]) 1. 22 § 6 D. 17, 1. 1. 24 p. D. 48, 5.

[7]) 1. 5. p. D. 3, 6. 1. 26, 27. D. 45, 1. 1. 42 D. 50, 16. J. 3, 19 § 24.

[8]) Vgl. Jacobi in Jherings Jahrbuch Bd. 41, S. 103.

„Sittlichkeit“ dagegen auf seinen inneren Charakter und wird im Sprachgebrauch vielfach der Moral, der inneren Ehre und Ehrlichkeit gleichgesetzt. Die gründlichste Untersuchung auf dem Gebiete der sprachforschenden Wissenschaft verdanken wir vor allem v. Jhering, der es als Erster unternommen hat, auf Grund eingehender Erörterungen die schwierige Frage annähernd zu lösen. Jherings bedeutende Abhandlung gipfelt in dem Ergebnis, daß Sitte und Sittlichkeit auch in der rein sprachlichen Unterscheidung zwei streng voneinander zu trennende Begriffe seien, sowohl dem Sprachgebrauche nach, als auch auf Grund des Wesens ihrer Normen.[1]) Die wissenschaftliche Behandlung der Frage ist wohl insoweit geeignet, brauchbare Ergebnisse zu liefern, als es sich um die Aufstellung der Begriffe „Sitte“ und „Sittlichkeit“ als solche handelt, was sich besonders darin zeigt, daß die Autoren fast alle zu demselben einheitlichen Ergebnis gelangen. Aber sie verfallen in völlig entgegengesetzte Meinungen, wenn sie weiter Erörterungen darüber anstellen, welcher Begriff nun dem gesetzlichen Wortlaut des Gesetzes entspricht. So schließt Jhering das 9. Kapitel[2]) mit der Erkenntnis, daß die Untersuchung über die Sprache in Bezug auf den springenden Punkt der ganzen Ethik mit einem zweifelhaften Resultat abschließe. „Die Beziehung des Sittlichen zur Gesellschaft wird in der Sprache vernehmbar, aber nicht in voller Klarheit, sondern wie ein Nebel. So muß denn die Wissenschaft kommen, um mit ihrer Fackel in helles volles Licht zu setzen, was wir im Halbdunkel der Sprache nicht zu schauen vermochten.“ Der Sprachgebrauch kann also hier darüber nur unvollkommen Auskunft geben, was nun richtungsweisend für den Wortlaut der Gesetzesvorschrift ist.

Das unterschiedliche Merkmal der Begriffe ergibt sich ferner klar in der durchaus verschiedenen Verbindlichkeit seiner Normen, wenn wir seine Bedeutung in Beziehung auf das Anwendungsgebiet betrachten.

Die von der „Sittlichkeit“ vorgeschriebenen Normen sind Gebote des Gewissens, zu deren Befolgung weniger die menschliche Gesellschaft, als vielmehr der einzelne Mensch sich selbst auf Grund seines Gewissens verpflichtet. Die „Sittlichkeit“ hat es mit dem inneren Menschen, mit seinem Charakter, zu tun. Sie ist daher weder lehr- noch lernbar, da ein jeder in Sittlichkeitsfragen alleiniger Richter über sich selbst ist, und jedem Versuch, ihn von außen zu beeinflussen, erst durch Reaktion eigener Charakterkräfte begegnet, ihn als sittlich autonomes Wesen anerkennt oder ablehnt.[3]) Im Gegensatz dazu versteht man unter „gesittet“ handeln, so handeln, wie die gesellschaftliche Form es erheischt. Das Gebot der „Sitte“ ist eine in der Außenwelt hervorgetretene Anstandsregel, an deren Befolgung rein äußerlich die menschliche Gesellschaft ein Interesse hat. Ihr Zweck ist, für den Menschen das Zusammenleben mit anderen zu regeln; der Mensch wird also weniger sein Gewissen fragen, sondern beobachtend sich nach den Einflussen der Umwelt so einrichten, wie es ihm vorteilhaft dünkt.

So klar wie auch in jeder der aufgeführten Methoden die schillernden Begriffe von Sitte und Sittlichkeit zu deuten sind, so schwer bleibt es immer wieder, zu beurteilen, welchen der beiden Begriffe nun das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Ausdruck „gute Sitte“ gemeint hat. Keine der dissentierenden Gruppen kann darüber eine klare nach jeder Richtung hin befriedigende Antwort geben.

[1]) Jhering, Bd. 2, S. 61 ff.

[2]) Derselbe, Bd. 2, S. 72 unten.

[3]) Kant, Kritik der praktischen Vernunft, II. Teil, Ausg. von Kehrbach bei Reclam, S. 180 ff.

Schrifttum und Rechtsprechung befinden sich in demselben Zwiespalt über die Frage, wie der Gesetzgeber selbst zur Zeit der zweiten Lesung des Entwurfs. Wenn auch die Kommission damals den Ausdruck der „Sittlichkeit" abgelehnt hat, um durch die Beibehaltung der wörtlichen Formulierung „gute Sitten" dem Gesetz ein größeres Geltungsbereich offen zu halten, so geht daraus nicht ohne weiteres hervor, daß die Kommission den Begriff der „Sitte" nicht für den der „Sittlichkeit" angewandt wissen wollte. Es ist vielmehr anzunehmen, daß das Gesetz mit dem Ausdruck gute Sitten nicht auf die Sitte Bezug nehmen will, die, obwohl die Sittlichkeit mit ihr in genetischem Zusammenhange steht, ethisch indifferent sein kann, sondern auf den ethischen Begriff der Sittlichkeit.[1]) Die Sittlichkeit beherrscht ja gerade das ihr unterstellte Gebiet der Rechtsordnung.[2]) Die bisherigen Erörterungen im Schrifttum und Rechtsprechung haben auch weiterhin gezeigt, daß alle Verbindungen, in die man die Begriffe „Sitte" und „Sittlichkeit" miteinander zu bringen versucht hat, als nicht völlig zufriedenstellend betrachtet werden müssen. Es mag das zum Teil an der Intensität liegen, mit der eine jede Partei das Ergebnis ihrer wissenschaftlichen Forschung vertritt. Wohl haben Planck, Cosack und Meisner einen Mittelweg einzuschlagen versucht, indem sie die Begriffe cummulierten. Planck[3]) erklärt, ein Rechtsgeschäft dürfe nicht der Sittlichkeit widerstreben, aber auch nicht der Sitte! Cosack[4]) verwirft die Geschäfte, die entweder geradezu unsittlich sind, oder den Anstand gröblich verletzen. Zuletzt ist nach Meisner[5]) nicht nur das direkt unmoralische, sondern auch das, was nicht wohlanständig und geziemend — also sittenwidrig ist — betroffen. Nach meiner Meinung ist dieses Ergebnis der Cummulation, selbst wenn es streitvermittelnd gedacht wäre, deshalb für die praktische Auslegung unhaltbar, weil es die Rechtssicherheit durch die noch größere Unübersichtlichkeit bezüglich der Anwendung der Begriffe gefährdet. So hat denn die Literatur nunmehr drei Möglichkeiten gefunden, den Begriff der „guten Sitten" aufzufassen.

a) Das Gesetz meint den Begriff der „Sitte".

b) Den der „Sittlichkeit".

c) Das Gesetz cummuliert beide Begriffe.

Prüft man die beiden ersten Möglichkeiten, so wird sich dann von selbst entscheiden, ob die dritte zutrifft.

bb) Den ersten Anhaltspunkt dafür, daß das Gesetz die „Sittlichkeit" bei der Wahl der Bestimmung im Auge hatte, bot das bereits dargelegte Argument, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den alten historisch überlieferten Ausdruck der „guten Sitten" übernommen hat und damit den traditionell zugrundeliegenden Begriff der „Sittlichkeit" bezeichnen wollte. Man darf mit Dernburg[6]) das entscheidende Moment nicht darin finden, daß gegen § 138 B. G. B. bereits ein Rechtsgeschäft verstößt, dessen rechtliche Anerkennung mit einem guten sozialen Zustand unvereinbar ist. Diese Auslegung verflüchtigt den Begriff. Allerdings ist die Rücksicht auf einen guten sozialen Zustand ein wichtiger Faktor für ein sittliches Volksbewußtsein, aber nicht der allein entscheidende.[7]) Es ist vielmehr

[1]) Vgl. Gierke, a. a. O., S. 213.
[2]) Siehe Jacobi, S. 83.
[3]) Planck, Komm. Ausg. 1907, Bd. 1, S. 248.
[4]) Cosack, Lehrbuch des deutschen B. G. B. 1898, Bd. 1, S. 172.
[5]) Komm. zum B. G. B. 1898, Bd. 1, S. 133.
[6]) Dernburg, Lehrb. des B. G. B. Bd. 1, § 125 II.
[7]) Planck, Komm. 1913, zu § 138 I, 1 a.

darauf abzustellen, ob das jeweilige Volksbewußtsein eine solche Unvereinbarkeit annimmt und aus diesem Grunde in dem Rechtsgeschäft einen Verstoß gegen die Anforderungen der Sittlichkeit erblickt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft mit einem gesunden sozialen Zustand nicht vereinbar ist. Bei einem Verstoß gegen die guten Sitten ist zunächst nicht jeder Verstoß gegen die „Grundsätze des richtigen Rechts“ [1]) oder auch den „Anstand“ [2]) zu verstehen. So bedeutet es z. B. einen ziemlich groben Verstoß gegen die gute Sitte oder den Anstand, wenn ein Gast mit dem Wirten vereinbart, während des gemeinsamen Mittagstisches eine Pfeife zu rauchen. Wer wird aber auf dieses Beispiel den § 138 B. G. B. für anwendbar erklären? Das wird niemand tun. Aus bloßen Verletzungen der „guten Sitten“ unter der Bedeutung „Anstand“ kann vom Standpunkt der Rechtsordnung aus keine genügende Begründung für einen Anspruch hergeleitet werden. Wenn sich jemand von Freunden oder guten Bekannten für das gelegentliche Verleihen eines Buches aus der eigenen Bibliothek eine Vergütung versprechen läßt, so verstößt die Abrede in gröblichster Weise gegen allen Anstand und Sitte, aber nicht gegen die „guten Sitten“ in dem Sinne, in dem das Gesetz den Begriff aufgefaßt haben will.[3]) Ein prägnantes und auf die Absicht des Gesetzgebers geradezu hinweisendes Beispiel dafür, daß es sich um sittliche Gebote handeln soll, bietet der Absatz 2 des § 138 B. G. B. In höchstem Maße unsittlich und nicht sittenwidrig ist es, die Notlage oder Unerfahrenheit eines Menschen dazu auszunutzen, sich selbst übermäßigen Vorteil zu verschaffen. Der § 138, Absatz 2 B. G. B. stellt den Wucher ausdrücklich als Beispiel des § 138, Absatz 1 B. G. B. hin, was das Wörtchen „insbesondere“ ausdrücken will. Wucherische Rechtsgeschäfte sind ihrer rechtlichen Konstruktion nach keine Geschäfte der nach § 138, Absatz 1 erforderten Art, insofern also auch keine eigentlichen Beispiele der Rechtsgeschäfte in § 138 B. G. B. Aber gerade wegen seiner unmoralischen Eigenschaft ist der Wucher als Beispiel zu § 138 B. G. B. angeführt und seine Stellung innerhalb des § 138 B. G. B. durchaus motiviert. Hält man nun an den hier zugrundegelegten Unterschieden zwischen Sitte und Sittlichkeit fest, so wird man mit ziemlicher Klarheit zu dem Ergebnis kommen, daß das B. G. B. mit dem Ausdruck „gute Sitten“ die Sittlichkeit gemeint hat, als Inbegriff der Normen, die den Menschen auf Grund der inneren Stimme verpflichten sollen.[4])

[1]) Stammler, S. 46/410 ff: Daß das richtige Recht nicht darin bestehen kann, den ganzen Inhalt der Moralordnung in sich aufzunehmen, erscheint zweifellos zum mindesten nach dem B. G. B., das in der Sittenordnung etwas der Rechtsordnung zwar Nahestehendes jedoch Selbständiges erblickt.

[2]) So im wesentlichen Hagen, Die guten Sitten als Rechtsbegriff in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 511.

[3]) Oertmann, Komm. zu § 138, Ausg. 1927, S. 485.

[4]) Oertmann, Komm. 1927 zu § 138 B 1.
Warneyer, Komm. 1923 zu § 138 A I, S. 232.
Staudinger, Komm. 1925 zu § 138 2a, S. 572.
Enneccerus, Lehrb. 1924 zu § 178 I, S. 489.
Jabobi, in Jherings Jahrbuch, Bd. 41, S. 108.
Cohn, in Gruch. Beitr. Bd. 41, S. 792.
Eck, Vorträge 1903, Bd. 1, S. 126.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts 1903, S. 84.
Kuhlenbeck, von den Pandekten z. B. G. B. 1898, Bd. 1, S. 30.
Fuld, in Seuff. Bl. 1899, Bd. 64, S. 172 ff.
Vogel, Die Begründung des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, Leipz. Diss., S. 14.
Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs, 1898, S. 40.
Dagegen für „Sitte“. Hagen, in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 497 ff. Herzog, zum Begriff der guten Sitten im B. G. B. 1910 mit Literaturübersicht. Brütt, Die abstrakte Forderung, Berlin 1908, S. 172, 202 ff. Leonhard, Verstoß gegen die guten Sitten, Weimar 1903, S. 372. Endemann, Lehrb. des B. G. B., Berlin 1903, S. 602 ff. Hölder, Komm. zum B. G. B. 1900, S. 304.

Wenn es nun innerhalb der „guten Sitten" einen absolut festen Maßstab für eine ethische Beurteilung menschlichen Handelns nicht gibt, so bleibt dem Richter, der an Hand des Gesetzes im gegebenen Falle eine gerechte Entscheidung zu treffen bemüht sein muß, ein Feld verantwortlicher Tätigkeit. Die Norm in ihrer weiten Fassung verlangt eine zweckentsprechende Auslegung und verleiht allein dem Richter die Macht, ganzen Rechtsakten die Anerkennung zu versagen. Das Wesen der Methode wird von den Motiven dahingehend beurteilt: „Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes kann indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift im großen und ganzen nur in dem Sinne angewandt wird, in dem sie gegeben ist".[1]) Es erhebt sich nun im Zusammenhang damit die Frage: Welche Sittenordnung ist maßgebend? Es ist offenbar nicht der vom Einzelnen aufgestellte autonome Sittlichkeitskodex, oder die an einer Studierlampe ausgeklügelte Sittlichkeitslehre, ferner auch nicht die von diesem oder jenem Philosophen gelehrte Moral. Auf derartigen Anschauungen kann es deshalb nicht ankommen, weil sie etwa für den betreffenden Geschäftsgegner nicht maßgebend sind, weil er sich z. B. zu der Ideenrichtung einer anderen philosophischen Schule bekennt. Es würde ferner dem Staatsinteresse entgegenstehen, wenn jeder seine ihm eigenen sittlichen Grundsätze der rechtlichen Beurteilung eines Rechtsfalles zugrundelegen könnte. Es mag ein jeder seiner Moral nach leben, und sich innerhalb der von ihr vorgeschriebenen Richtlinien betätigen, er kann aber unmöglich verlangen, daß gerade seine Moral im Rechtsleben Beobachtung finden soll. So hat der Richter nicht nach seinen eigenen Moralanschauungen, sondern nach der Denkweise der gesamten Nation, nach dem Sittlichkeitsgefühl aller gerecht und billig denkenden Volksgenossen zu entscheiden.[2]) Auch für das Maß der zu stellenden sittlichen Anforderungen ist die im Volke herrschende Ansicht, also der Durchschnittsmaßstab rechtschaffener Männer, als Richtschnur zu betrachten,[3]) Denn die mit äußeren Mitteln arbeitende Rechtsordnung ist nicht dazu berufen, das Ideal einer verfeinerten Moral durchzuführen oder zu verwirklichen, sondern es muß ihr durch Versagung des Rechtsschutzes genügen, ein bescheidenes Maß sittlicher Handlungsweise im rechtlichen Verkehr zu erzwingen. Erfordert wird also ein Verstoß gegen die im Leben allgemein anerkannte, tatsächlich geübte Ethik, gegen die herrschenden sittlichen Anschauungen und Anforderungen, die uns allen ein gewisses Verhalten als Ausdruck einer bestimmten sittlichen Gesinnung zumuten oder verbieten.

Dem erkennenden Richter bleibt deshalb nur der eine Weg, sich zu fragen, ob nach den jetzigen Anschauungen des sozialen Kreises, innerhalb welchen das Handeln vor sich geht, in diesem Handeln ein Verstoß gegen die „guten Sitten" erblickt werden kann oder nicht. Damit findet naturgemäß die individuelle Anschauung des Richters im Urteil Eingang. Eine völlige Gleichheit in der Beurteilung der erkennenden Richter wird sich so leicht nicht erzielen lassen.[4]) Jedenfalls hat der Richter, dank der widerspruchlos angenommenen Grundsätze

---

[1]) Motive Bd. 1, S. 211.

[2]) R. G. E. Bd. 48, S. 124; 55, S. 373; O. L. G. E. Bd. 5, S. 109/110; 22, S. 142.

[3]) R. G. E. Bd. 48, S. 124; 55. S. 367; 58, S. 214; 67; S. 102; 73, S. 107; 80. S. 221; 84, S. 211. J. W. 1910, S. 142; 1913, S. 483.

[4]) Staudinger, Komm. 1925 zu § 138 II b, S. 572.

des Reichsgerichts, den Maßstab sittlicher Anforderungen nur nach dem Durchschnitt aller gerecht und billig Denkenden zu entnehmen. Keinesfalls braucht er den lokalen Schwankungen der Sitte Rechnung zu tragen. Dieser Grundsatz entspricht dem Geltungsbereich des B. G. B., der davon ausgeht, daß das Sittlichkeitsgefühl des ganzen deutschen Volkes Berücksichtigung finden muß, einerlei ob es sich um einen Westpreußen, Ostpreußen, Süd- oder Norddeutschen handelt. Es stehen mithin nicht entfernt die Schwierigkeiten entgegen, wie sie sich aus der übergroßen Mannigfaltigkeit der Sitten unter Volksstämmen, Ortschaften, Gegenden usw. ergeben würden. Zu kritischer wissenschaftlicher Erörterung gab die weitere Frage Anlaß, ob Standesanschauungen über die guten Sitten Anspruch auf Sonderberücksichtigung haben?

Es ist oft der Fall, daß es sich um Fragen handelt, über welche die Allgemeinheit ein Urteil zu fällen nicht in der Lage ist. In einem solchen Falle kann nur nach dem Urteil des Standes gefragt werden, in dem die Sitte Geltung hat. Es ist in der Natur der Sache gelegen, daß sich Sitten in gewissen Ständen des Volkes herausgebildet haben, und daß in manchen Fragen an die Sittlichkeit höherer Stände nach der allgemeinen Auffassung ein höherer sittlicher Maßstab angelegt werden muß. Erstes Erfordernis bleibt jedoch immer, daß diese oder jene Moralanschauung nicht der Allgemeinheit widerspricht. Auch das Reichsgericht hat sich dahingehend ausgesprochen, es sei nicht ausgeschlossen, daß die Sittenanschauung gewisser Volkskreise Berücksichtigung finden kann, — mit dem ausdrücklichen Zusatz — „wenn sich in ihr die herrschende Sitte ausprägt". Gerade diese Anschauungen sind einem fortwährenden Wechsel und einer ständigen Abänderung unterworfen. Maßgebend sind deshalb nur die zur Zeit der Vornahme herrschenden Anschauungen.[1]) So wird man z. B. auf die Anschauung des ehrlichen Kaufmanns im Handelsverkehr Rücksicht nehmen;[2]) ferner wird man das Urteil des Standes berücksichtigen müssen in Fragen ärztlicher Kunstfehler. Der Richter wird sich nötigenfalls von den Standesvertretungen unterrichten lassen müssen und das Ergebnis der dort gefundenen Wahrnehmungen mit den allgemeinen Anschauungen für den guten Sittenbegriff verwerten. Wie nicht geleugnet werden soll, sind allerdings einige Fälle sittenwidriger Rechtsgeschäfte vorgekommen, bei denen von vereinzelter Seite Nichtigkeit auf Grund des § 138 B. G. B. behauptet worden ist, so in erster Linie beim Verkauf einer Anwalts- oder Arztpraxis. Anzuerkennen ist die Nichtigkeit mit Recht für Verträge, welche die im öffentlichen Interesse erforderliche Ausübung der höheren Berufe, insbesondere der Ärzte, Anwälte usw. beschränken,[3]) was auch für den Fall des Verkaufs einer ärztlichen Praxis gilt, wenn das gewonnene Vertrauen des Publikums gewinnsüchtig ausgenutzt und der Erwerber durch die Höhe der Gegenleistung zur Erzielung möglichst hoher Einnahmen genötigt wird. Ohne das Vorliegen solcher Umstände gibt der Verkauf zu irgendwelchen Bedenken keinen Anlaß.[4]) Zusammenfassend kommt man zu dem Ergebnis, daß es durchaus gerechtfertigt erscheint, einer geübten Standesmoral Anspruch auf Sonderberechtigung zu gewähren, wenn sie der herrschenden

[1]) R. G. E. Warneyer 1920, S. 72/143.
[2]) R. G. E. Bd. 48, S. 125.
[3]) R. G. E. Bd. 66, S. 143; 90, S. 37/437.
[4]) R. G. E. Bd. 75, S. 120; vgl. ferner O. L. G. Braunschweig; O. L. G. Bd. 5. S. 107.

Volksmoral nicht widerspricht. Laxe Ansichten über die Moral, wie sie in gewissen Kreisen herrschen, verdienen keine Berücksichtigung; ebenso wenig Geschäftspraktiken, die nicht eine Sitte, sondern eine Unsitte darstellen.[1]) „Denn wie eine niedrige Denk- und Handlungsweise, selbst wenn sie in einzelnen Volksschichten die herrschende sein sollte, immer Unsitte bleibt und nicht gute Sitte wird, ebenso wenig kann die vornehme Gesinnung, durch die sich gewisse Kreise und Personen auszeichnen, für die Begriffsbestimmung der guten Sitten im Rechtsverkehr den Maßstab bilden.[2]) — Man hat der Frage nach dem Begriff und Maßstab der Sittenwidrigkeit eine große Bedeutung beigelegt. Daß es überhaupt zu einem grundsätzlichen Streit hat kommen können, scheint mir die Folge eines Fehlers der Methode zu sein, mit der man an die Exegese des Begriffes herangegangen ist. Anstatt sich in kleinliche Gründe der Entstehungsgeschichte, oder in den Wortlaut des Gesetzes zu vergraben, hätte man sich zunächst die Frage vorlegen müssen, ob nicht ein Ergebnis vom teleologischen Standpunkte aus betrachtet, als das allein richtige und aussichtsreichste angesehen werden muß. Eckstein sagt dazu mit Recht, die Frage gehöre dem Grenzgebiet von Dogmatik und Rechtsphilosophie an, und reize deshalb mehr als irgend eine andere Frage zu wissenschaftlicher und rein theoretischer Behandlung. „Wie der Streit auch steht, so möchte es fast erscheinen, als ob die Abweichungen der Autoren voneinander mehr darauf zurückzuführen sind, daß jeder für das von ihm Gemeinte andere Worte wählt, daß sie aber trotz der verschiedenen Ausdrucksweise vielfach dasselbe meinen".[3])

Der § 817 B. G. B. hat nun die in ihrer Auslegungsmöglichkeit weitgehenden Begriffe der guten Sitten und gesetzlichen Verbote als tatbestandsmäßige Merkmale in seiner Norm aufgenommen. Es war deshalb unumgänglich, eine grundlegende Darstellung dieser beiden Haupttatbestandsmerkmale zu geben. Wenn auch der Begriff der guten Sitten in den §§ 138, 817, 826 B. G. B. derselbe ist, so ist von großer Bedeutung, daß bei einheitlicher Begriffsauslegung der Verstoß in den drei Fällen ganz verschieden bewirkt wird, nämlich in § 138 B. G. B. objektiv durch das Rechtsgeschäft, in § 826 durch die Art und Weise der Schädigung und endlich in § 817 durch den Zweck der Leistungsannahme. Bei einheitlicher wörtlicher Bedeutung liegt also der grundsätzliche Unterschied im Verstoß!

---

[1]) v. Tuhr, II 2, S. 24, Anm. 16; K. G. 22, 141.

[2]) Für Berücksichtigung der Standessitte Planck zu § 138, Ausg. 1913, 2 b unten. Im Ergebnis Enneccerus, Allgemeiner Teil 1924, § 178, Anm. 8, S. 490.
v. Tuhr, II 2, S. 24.
Warneyer § 138 a. I, S. 232, Ausg. 1923.
Staudinger zu § 138 II b unten, S. 572, Ausg. 1925;
Oertmann zu § 138, S. 485, Ausg. 1927; R. G. E. Bd. 55, S. 373; Bd. 83, S. 113; R. G. E.
Warneyer 1915, Nr. 162; Jur. Ztg. 18, S. 275; ähnlich R. G. E. Bd. 56, S. 230; 63, S. 352; 66, S. 139 75, S. 123; J. W. 1912, S. 69; O. L. G. Bd. 5, S. 109
Abweichend: Lotmar, Der unmoralische Vertrag, S. 96 . . ." in dem das Recht, daß er (Richter) handhaben muß, ihm vorschreibt, den moralwidrigen Verträgen seinen Rechtsschutz zu versagen, hat es die Gleichheit aller Rechtsuchenden auch für diese Prozesse (Divergenz der Ehrbegriffe von Bauer, Offizier, Kaufmann) anzunehmen, ihm zur Pflicht gemacht".
Fischer, Die Rechtswidrigkeit 1911, S. 81 ff.
Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. 1, § 54, Nr. 1, 1908.
Jacobi, dafür, solange die wünschenswerte Vereinheitlichung der sittlichen Anschauungen noch nicht durchgeführt ist.

[3]) Eckstein im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 41,

II. In Satz 2 des § 817 B. G. B.

1. Verstoß des Leistenden.

a) Bei gleichzeitigem Verstoß des Leistungsempfängers.

Geht man nach Erläuterung der Begriffe des § 817 B. G. B. wieder zu seiner Gliederung über, so ergibt sich folgendes: Die grundlegende Bestimmung enthält der bereits behandelte Satz 1: Der Empfänger einer Leistung, der durch die Annahme einer solchen nach deren Zweckbestimmung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, ist zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

a) Von dieser Regel wird aber in Satz 2 eine wichtige Ausnahme gemacht. Der Satz 2 dient als negatives Gegenstück zu der positiven Bestimmung des Satz 1, daß nämlich das dem Leistenden zustehende Rückforderungsrecht dann ausgeschlossen wird, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last gelegt werden kann.[1]) Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur ut male iudicetur. Der gesetzgeberische Grund für die Vorschrift des Satzes 2 liegt darin, daß der gegen das gesetzliche Verbot oder gegen die guten Sitten Leistende einen Rechtsschutz nicht verdient und daß er, wie bereits an anderer Stelle der Arbeit erwähnt, für die Betätigung seiner verwerflichen Gesinnung bestraft werden soll.[2]) Niemand soll aus seiner eigenen Unsittlichkeit Kapital schlagen. „Nemo auditur turpitudinem suam ellegans!" Maßgebend war für den Gesetzgeber auch der aus dem ewig jungen römischen Rechte stammende Satz: in pari turpitudine melior esse debet causa possidentis. Bei der Frage, ob ein solcher Verstoß auf Seiten des Leistenden vorliegt, kommen natürlich dieselben Gesichtspunkte in Betracht, die für die Entscheidung der Frage maßgebend sind, ob in der Annahme einer Leistung ein Verstoß dieser Art zu finden ist.[3]) Die Voraussetzung dieser Vorschrift ist jedenfalls dann gegeben, wenn zur Erfüllung eines Vertrages geleistet wird, der einen gesetzlich verbotenen Zweck, z. B. Verletzung des § 181, Satz 3 K. O. verfolgt.[4])

Das Gesetz vertritt also den Standpunkt, daß wenn der Leistungszweck des Rechtsschutzes unwürdig erscheint, dann auch — bezüglich der Vermögensverschiebung, die durch die Vollziehung des Geschäfts zwischen den Parteien eingetreten ist, — der sonst zum Ausgleiche grundloser Bereicherung gegebene Rechtsanspruch versagt werden soll. Bei solcher Rechtslage muß der einmal bestehende Zustand so bleiben, wie er gerade ist.[6]) [7])

---

[1]) Unzutreffend: Cohn, D. J. Z. 1904, S. 856.

[2]) 2. Kapitel B., S. 24.

[3]) Planck 1928, zu § 817, 3, S. 1663.

[4]) R. G. E. Bd. 72, S. 46.
R. G. E. in Gruch. Bd. 61, S. 301.

[6]) Anwendungsfälle: Der Kettenhandel, R. G. E. Bd. 101, S. 45; Stuttgarter Rechtsprechung 40, 336 Anm. Schleichandel, R. G. E. 21. 12. 20 Bayer. Z. 21, S. 93. Hamburg H. R. Z. 22, S. 230. Ein Ehemann verschreibt, um von seiner Frau loszukommen, ihr eine Geldrente, wogegen sie sich verpflichtet, einen Ehebruch, den er erst begehen soll, als Scheidungsgrund geltend zu machen. — Titel und Ordensschacher, R. G. E. Bd. 86, S. 98; J. W. 1919. 447, 8. — Rechneten bei Lieferung von Kunstseide beide Parteien mit der Beschlagnahme der Ware, findet Satz 2 von § 817 Anwendung, R. G. E. 100, S. 159. — Rückforderung des Einsatzes vom Buchmacher; O. L. G. Bd. 20. S. 234.

Ein Vorbringen des Leistenden, daß im gegebenen Falle dem Empfänger ein stärkeres Maß der Unsittlichkeit treffe, darf keine Berücksichtigung finden. „Wer im Glaskasten sitzt, soll nicht mit Steinen werfen!“ Haben beide Teile verwerflich gehandelt, so kann sich der Leistende nicht darauf berufen, daß den Empfänger ein stärkerer Vorwurf treffe. Eine Abwägung des Grades der Unsittlichkeit ist dem Gesetze fremd und widerspräche seinem Grundsatz. Beizustimmen ist deshalb dem Reichsgericht, das sagt;[1]) „Mit Unrecht versucht die Revision dem Rückforderungsanspruch dadurch Eingang zu verschaffen, daß sie geltend macht, es sei der Grad des beiderseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten abzuwägen und die Rückforderung zuzulassen, wenn dem Empfänger der Leistung der schwerere Verstoß zur Last falle. Eine solche Unterscheidung ist dem Gesetze fremd. Das Gesetz macht den Ausschluß der Rückforderung nur davon abhängig, daß auf Seiten des Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Ist diese Voraussetzung überhaupt gegeben, so kommt es, wie auch sonst bei den gesetzlichen Folgen des Verstoßes, auf das höhere Maß des Verschuldens nicht an.[2]) Einem erkennenden Richter kann in der Wahrnehmung allgemeiner Interessen nicht zugemutet werden, noch dazu Abwäger einer verfeinerten Unmoral zu sein, die, wenn sie noch so minimal wäre, verpönt ist.

Die Voraussetzungen des § 817, Satz 2 liegen unbestritten dann vor, wenn sowohl dem Empfänger bei seiner Annahme, als auch dem Leistenden bei seiner Leistung, hinsichtlich der Zweckbestimmung ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt. Dagegen ist es nicht unbestritten, ob eine Anwendung des § 817, Satz 2 auch dann Platz greifen kann, wenn nur dem Leistenden, nicht aber auch den Leistungsempfänger ein Zweckverstoß trifft.

b) Im Gegensatz zum gemeinen Recht herrscht hierüber seit Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches große Unklarheit. Eine besondere Regelung hat dieser Fall im Gesetze nicht erfahren, und auch ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß eine gesetz- oder sittenwidrige Leistung nicht zurückgefordert werden kann, ist dem B. G. B. fremd.[3]) Es kommen hier lediglich die Worte des § 817, Satz 2 in Frage: Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden „gleichfalls“ ein solcher Verstoß zur Last fällt. Durch das Wörtchen „gleichfalls“ ist der Streit der Meinungen hauptsächlich hervorgerufen worden. Staudinger folgert aus dem „klaren, jede Mißdeutung ausschließenden Wortlaut“ des § 817, Satz 2, Stellung und Wortlaut könne nur ergeben, daß Satz 2 den Tatbestand von Satz 1 voraussetze. Mit anderen Worten: der Kommentar stellt sich auf den Standpunkt, daß nur demjenigen die Vorschrift des Satzes 2 entgegengehalten werden kann, der sein Rückforderungsrecht auf die gesetz- und sittenwidrige Annahme der Leistung durch den Empfänger stützt. Der Satz 2 setzt

[1]) Ein wichtiger Zusatz: Die vereinigten Strafsenate des R. G. haben in Bd. 44, 230—249 auch zum § 817 B. G. B, Satz 2 wegen des Verhältnisses zu § 263 St. G. B. Stellung genommen. „Wenn das B. G. B. dem Leistenden das Rückforderungsrecht vorenthalte, so habe es damit die Tatsache des Vermögensverlustes nicht aus der Welt schaffen können, sodaß für den Betrug nach § 263 St. G. B. das Vorgehen mit der Herbeiführung des vermögensbeschädigenden Erfolges vollendet sei, ohne Rücksicht auf das spätere Schicksal des Geschädigten, falls er nach bürgerlichem Recht wegen § 817, Satz 2 der Möglichkeit beraubt wird, das Geleistete zurückzufordern: z. B. der Angeklagte ließ sich für ein völlig wertloses Abtreibungsmittel auf Grund einer Zeitungsankündigung verhältnismäßig hohe Preise zahlen. — Hier liegt Betrug vor, wenn auch nach § 817, Satz 2 B. G. B. das Rückforderungsrecht der Käufer ausgeschlossen ist“.

[1]) R. G. E. Bd. 78, S. 285.

[2]) In gleicher Entscheidung.

[3]) Staudinger, Komm. 1929 zu § 817, 2 d δ, S. 1715.

im vorgenannten Sinne zunächst den Tatbestand des Satzes 1 — die Verwerflichkeit des Handelns beim Empfänger voraus, — zu dem der Tatbestand des Satzes 2 noch hinzutritt.[1]) Derselben Auffassung ist auch Goldmann-Lilienthal.[2]) Er stützt sich ebenfalls auf den „klaren" Wortlaut des Gesetzes, der jede Mißdeutung ausschließe und nur ergebe, daß Satz 2 eine Ausnahme von Satz 1 darstelle, also zunächst die turpitudo des Empfängers als unerläßliche Grundlage voraussetze, wozu dann noch die Verwirklichung des Satzes 2, turpitudo auf Seiten des Leistenden hinzukomme.[3]) Ferner könnte man auch wegen des Zusammenhanges der Bestimmung zu der Ansicht neigen, daß unter dem „Rückforderungsanspruch" des Satzes 2 gerade der „Herausgabeanspruch" des Satzes 1 zu verstehen sei, und deshalb also der Satz 2 den Satz 1 voraussetze.

Dieser auf rein formalistischer Beweisführung beruhenden Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Entscheidend kann nur der Geist des Gesetzes sein. Und hier ist meines Ermessens aus dem Satze 2 des § 817 ein „argumentum a fortiori" zu gewinnen. Kann nämlich der zu unsittlichen Zwecken Leistende nicht einmal dann kondizieren, wenn auch den Empfänger ein entsprechender Vorwurf trifft, so muß er es sicherlich noch viel weniger einem seinerseits völlig einwandfreien Gegner gegenüber können. Erst recht muß daher die Kondiktion ausgeschlossen sein, wenn dem Empfänger ein Verstoß gegen Sitte und Gesetz nicht zur Last gelegt werden kann. Ferner muß aus demselben Grunde, aus dem der Empfänger bei verwerflichem Annahmezweck zur Herausgabe des aus einem unsittlichen Geschäfte Erlangten verpflichtet ist, entsprechend auch dem Geber bei verwerflichem Leistungszweck der Herausgabeanspruch gegen den Empfänger versagt sein, ganz unabhängig davon, ob diesem etwa ein Verstoß zur Last fällt. Leistender und Leistungsempfänger sollen ohne Rücksicht auf eine par turpitudo vor dem Gesetze gleich sein. Satz 2 umfaßt alle Fälle der verwerflichen Leistung. Aus diesen Gründen kann der Einwand des § 817 Satz 2 jedem Kondiktionsanspruch gegenüber entgegengesetzt werden. Hierfür spricht auch die rechtshistorische Entwicklung. In Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht war die Rückforderung umsomehr unzulässig, wenn der Leistende allein der Schmutzfink war.[4]) Ein solcher Gesetzeswille ist auch aus Satz 2 zu entnehmen. Wurde zwar die ausdrückliche Bestimmung des ersten Entwurfes, den Ausschluß der Rückforderung auch dann annehmen zu müssen, wenn die Verwerflichkeit bloß auf Seiten des Leistenden liegt,[5]) fallen gelassen, so war doch damit nicht eine Ablehnung des Gedankens bezweckt,[6]) sondern die Kürzung war nur das leidige Ergebnis einer „nicht ganz glücklichen Vereinfachung der Bestimmung"[6a]). Außer Staudinger steht heute die moderne Kommentierung auf dem hier dargelegten Standpunkt. Für diese Meinung spricht endlich auch die Erwägung, daß der Bereicherungsanspruch ein einheitlicher ist, der in der

[1]) Staudinger, Komm. S. 1715 δ.

[2]) § 228, 3. Anm. 7, S. 873.

[3]) So auch Eccius, D. J. Z. 1903, S. 41.
Riezler, venire contra factum proprium, 1912, S. 181. Graff, D. J. Z. 1908, S. 1103. So ferner noch die 3. Aufl. von Planck 1907 zu § 817, Anm. 4.

[4]) Vgl. 1. 4. § 3 D. 12. 5. Windscheid-Kipp, II, § 428, 9.

[5]) Motive II, S. 844.

[6]) Vgl. Protokolle II, S. 702. Ferge, Sittenwidrigkeit und abstrakte Rechtsgeschäfte 1919, B. II, S. 54, Anm. 78.

[6a]) v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 579.

Hauptsache gemeinsamen Regeln untersteht. Auf diesem Standpunkt steht auch in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht.[1])

Will man trotzdem der hier dargelegten Ansicht wegen des Mangels einer positiven gesetzlichen Regelung nicht beitreten, so wird die Vorschrift des Satzes 2 zum mindesten eine analoge Anwendung erfahren müssen aus dem Gesichtspunkte heraus, daß das Gesetz einen Rückforderungsanspruch des in verwerflicher Weise Leistenden für alle Fälle hat ausschließen wollen.[2]) Wenden wir das Ergebnis nun auf einen praktischen, in der Rechtslehre sehr umstrittenen Fall an, so könnte deshalb der Wucherer eine Leistung an den Bewucherten nicht zurückverlangen.[3])[4]) Die Folgerung der Verselbständigung des § 817 Satz 2 würde also dazu führen, daß ein Wucherer infolge der sittenwidrigen Zweckbestimmung der Leistung nach Feststellung der Nichtigkeit des wucherischen Vertrages die gesamte gezahlte Valuta verliert, nicht nur den Wuchergewinn. Was er hingegeben hat, müßte also dem Bewucherten verbleiben, gewiß eine schwere Strafe für den Wucherer. Örtmann macht einen vermittelnden Vorschlag, der aber trotzdem das vernichtende Ergebnis eines Ausschlusses der Kondiktion nicht verhindern kann.[5]) Leiste der Wucherer, so meint er, contrahendi causa, um dadurch das wucherische Darlehen erst zustande zu bringen, so verfolge seine Leistung zwar den Zweck eines objektiv unsittlichen Geschäftsabschlusses, leiste er aber solvendi causa, zur Erfüllung eines vorangegangenen wucherischen Darlehensversprechens, so entfalle die sittenwidrige Zweckbestimmung.

Es ist die Pflicht des erkennenden Richters, diese ungerechte Vermögensverschiebung zu verhindern oder auszugleichen. Nach Lage des Falles wäre der Richter jedoch an das Gesetz gebunden, und es bliebe ihm keine andere Lösung, als dem Bereicherten den Vermögensvorteil zu belassen, während auf der anderen Seite dem Wucherer wegen der Verwerflichkeit seiner Handlung sein Geld genommen würde. Dazu bemerkt Graff, es sei das Wünschenswerteste, was es für einen in Geldnot Befindlichen geben könne, wenn er in die Hände eines Wucherers falle, da er dadurch zunächst durch den Wucherer vor dem Ruin geschützt werde, dann aber dazu noch einen Gewinn in Höhe der Darlehensvaluta mache.[6]) Das wäre eine harte sich aus der Selbständigkeit des § 817 Satz 2 ergebende Konsequenz.

Mit Recht ist deshalb heute herrschend anerkannt, daß der Wucherer das hingegebene Darlehen mit Erfolg kondizieren kann, ohne sich dem Einwande aus § 817 auszusetzen. Der Grund liegt aber allein darin, daß nicht die Hingabe des Darlehens, sondern das Versprechen der übermäßigen Vorteile den Verstoß gegen das Gesetz bildet.[7]) Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkte, daß

---

[1]) **Für die Verselbständigung des Satzes 2,** Komm. v. R. G. R. zu § 817 3b/c, S. 1063; Oertmann, 1910, § 817, 6a, S. 1036; Planck, 1928, § 817, 4, S. 1664. Im übrigen: Cosack, Bd. I, § 167, S. 708; Ennecceru s, Bd. I, II. § 446, 2, 654, Ausg. 1923. Cohn, D. J. Z. 1904, S. 855; R. G. E. Bd. 63, 354; Bd. 70, S. 4; 78, S. 284; J. W. 1923, S. 371; Warneyer Rechtsprechung 1920, Nr. 103, 1921. Nr. 58. Dresden Sächsisches Archiv 1911, 408 ff. Gruch. 61, 301; 66, 100. Kiel, Schlesw.-Holst. Anz. 1922, Nr. 1.

[2]) Dernburg, I. § 127, II. S. 431.

[3]) Rietzler, S. 182, mit Billigkeitserwägungen.

[4]) Was die Annahme voraussetzt, daß der Wucherer durch die Hingabe gegen die guten Sitten verstoßen hat.

[5]) Oertmann, Anm. 6a zu § 817.

[6]) Graff, D. J. Z. 1908, S. 1103.

[7]) R. G. E. 63, S. 184; 68, 97; 75, S 68; Recht 1922, 1401; 78, 252.

die Hingabe als solche kein sittenwidriges Moment enthalte, vielmehr die Wuchermerkmale allein in dem sich Versprechenlassen übermäßiger Vorteile lägen.[1]) Von diesem anerkannten Grundsatz macht das Reichsgericht mit Recht eine Ausnahme. Sind nämlich die Begleitumstände des wucherischen Geschäfts besonders verwerflich, wenn es also dem Wucherer weniger darum zu tun ist, das Geld wieder zu erlangen, als vielmehr unter Vernichtung des Gegners andere Zwecke zu verfolgen, wie dessen Grundstücke z. B. alsdann an sich zu reißen, so ist auch nach § 138 und § 817, 2 B. G. B. jede Rückforderung dem Geldgeber versagt.[2]) „Das ist auch nicht auf den Fall zu beschränken, daß der Darlehensgeber und -empfänger gemeinschaftlich einen verwerflichen Zweck verfolgen, sondern trifft nachdenklich auch dann zu, wenn nur der Geber einen solchen sich gegen den Empfänger richtenden Zweck verfolgt." [3])

2. Begriff der „Eingehung einer Verbindlichkeit", im Gegensatz zur „Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit".

a) Von der Ausnahme des Satzes 2 von § 817, daß nämlich im Falle einer par tupitudo dem Leistenden ein Rückforderungsrecht verwehrt sein soll, wird wiederum eine Ausnahme gemacht. Selbst bei gleichzeitiger Unsittlichkeit des Empfängers und des Leistenden ist letzterem doch ein Kondiktionsanspruch gegeben, wenn die Leistung in „Eingehung einer Verbindlichkeit" bestand. Wir sind also zur Regelung des § 817, Satz 1 zurückgekehrt. Die Sonderbestimmung, wonach solche eingegangenen Verpflichtungen im Gegensatz zu realen Leistungen bei der par turpitudo zurückgefordert werden können, war deshalb notwendig, weil das Gesetz einen Zwang zur Durchführung noch unfertiger, auf verwerfliche Ziele gerichteter Geschäfte nicht dulden kann.[4]) Denn sonst wäre der Schuldner an sein Versprechen gebunden, und damit der vom Gesetzgeber verpönte Erfolg — gesetzlicher Zwang zur Erfüllung eines unsittlichen Geschäfts — dennoch erreicht.[5]) Die Ausnahme ist deshalb zu dem Zwecke angeordnet worden, um die Rückgängigmachung des zwar gegen die guten Sitten verstoßenden aber noch unfertigen Rechtsgeschäftes zu ermöglichen. Wenn der Satz 2 zunächst betont, daß dem widersittlich Leistenden der Rechtsschutz und die Klagebefugnis genommen sein soll, so soll an diesem Grundsatz nur solange festgehalten werden, als nicht gewiß ist, daß die Leistung eine nur unfertige, eine nicht reale ist, die in der bloßen „Eingehung einer Verbindlichkeit" besteht. Besteht nun die Leistung in Eingehung einer Verbindlichkeit, was in Anbetracht des Strafcharakters nicht ausdehnend ausgelegt werden darf,[6]) dann kann der Leistende entweder die Erfüllung der Verbindlichkeit verweigern, oder Klage auf Befreiung von der Verbindlichkeit erheben.[7])

Das turpiter promissum, also das noch unfertige Rechtsgeschäft ist noch kondizierbar, nicht aber das ex turpiter promisso datum, m. a. W.: Hat der unsittlich Leistende erfüllt, so kann er das Geleistete nicht mehr zurückverlangen,

---

[1]) Neumann, § 817, Anm. 1; Cohn, D. J. Z. 1904, 854 ff.

[2]) R. G. E. 70, S. 2, Urteil vom 12. 5. 1921; VI 33/21.

[3]) Ebenso Recht 1922. Nr. 1401, abgedruckt bei Löwenwarter, Wegweiser durch das B. G. B. 1927, Entscheidungen und Fälle, S. 265.

[4]) R. G. E. Bd. 73, S. 144.

[5]) Planck, Komm. zu § 817, 7, S. 1668, Ausg. 1928.

[6]) Warneyer R. 1921, Nr. 44.

[7]) Staudinger, 1929, zu § 817 d ö, S. 1713.

d. h., hat er sofort Geld oder Geldwert hingegeben, dann hat er sein Versprechen vollauf erfüllt, das Geschäft ist damit vollendet und erledigt. Der für die Kondiktion einer Verbindlichkeit maßgebende Grund liegt hier deshalb nicht mehr vor, da der Erfolg durch Erfüllung schon erreicht ist.[1]) Derselben Regel folgt die Leistung, die im Erlaß einer Verbindlichkeit oder im Verzicht auf ein sonstiges Recht besteht. Sie kann ebenfalls bei beiderseitiger Unsittlichkeit nicht zurückgefordert werden, d. h., das Recht bleibt erloschen.[2])

b) aa) § 817, Satz 2 B. G. B. hat zunächst nur Leistungen im Auge, die sich die Parteien unmittelbar auf Grund eines sitten- oder rechtswidrigen Vertrages gewähren, nicht jedoch Leistungen, die als solche erlaubten Zwecken dienen.[3]) Die Nichtigkeit eines derartigen Nebenvertrages ist ja nur die Folge der Nichtigkeit des Hauptvertrages. Die Rückforderung findet deshalb nur nach den allgemeinen Vorschriften des § 812 B. G. B. statt.[4])

Rechtsordnung und Rechtsprechung schränken den Satz 2 insofern ein, als sie Leistungen, die nicht bestimmt sind, das Vermögen des Empfängers dauernd zu vermehren, sondern nur zu einem vorübergehenden Zwecke und nicht zur endgültigen Überlassung gemacht werden, wie die Sicherheitsübereignungen und sonstigen fiduziarischen Zuwendungen, ohne Rücksicht auf eine turpitudo des Leistenden der Rückforderung unterwirft.[5])

So kann z. B. die Klägerin Rückgabe einer bestellten baren Kaution verlangen, wenn sie behauptet, daß der durch die Kaution zu sichernde Hauptvertrag infolge Anfechtung nichtig geworden sei. Wenn der § 817 vom Zweck der Leistung spricht, so ist damit der rechtsgeschäftliche Hauptzweck der Leistung gemeint. Die Vorschriften der §§ 812, 817 B. G. B. bauen sich, wie schon bemerkt, wesentlich auf der gemeinrechtlichen Kondiktionslehre auf. Schon in dieser wurde betont, daß es nur auf die „erste Absicht" der Willenserklärung, auf den ersten Zweck des Rechtsgeschäfts ankomme. An dieser Rechtsgrundlage ist auch heute festzuhalten.[6]) Der Hauptzweck der Kautionsleistung ist doch vorderhand die Sicherung des Anspruches auf eine bestimmte Vertragsleistung. Erst in zweiter Linie kommt für die Frage nach dem Zweck der Kautionsleistung in Betracht, welchen Charakter die Vertragsleistung ihrerseits hat, und welche rechtsgeschäftlichen Zwecke mit ihr verfolgt werden. Der erste Zweck der Kaution ist aber der Sicherungszweck. Daraus, daß der Hauptvertrag z. B. unsittliche Zwecke verfolgt, ergibt sich noch nicht, daß auch die Kautionsleistung als solche in ihrer Zweckbestimmung gegen die guten Sitten verstieße. Die der Kautionsleistung innewohnende, rechtsgeschäftliche Zweckbestimmung erschöpft sich vielmehr in dem Sicherungszweck, und dieser ist moralisch belanglos, es sei denn, daß die Kautionsleistung nach dem Inhalt des ganzen Vertrages so eng mit

---

[1]) Komm. d. R. G. R. 1923 zu § 817, S. 1064.

[2]) Planck, Komm. z. § 817c, S. 1665.
Komm. d. R. G. R. 5, a zu § 817; Warneyer 1930, 1. Bd., II zu § 817, S. 1415; R. G. 100, 162; R. G. E. 58, 204; Seuff. Archiv 67, 348; a. A. Warneyer, Rechtsprechung 1909, Nr. 386.

[3]) Z. B. Pfandbestellung für eine aus Vertrag entspringende Forderung.

[4]) Oertmann, Komm. § 817, 6a, ebenso Warneyer zu § 817, S. 1290.

[5]) Planck, Komm. 1928 zu § 817, 4c, S. 1665.
Staudinger, § 817, 2d, S. 1716.
Oertmann, zu § 817, II, S. 1037, Ausg. 1910. Warneyer 1923 zu § 817 II, S. 1290; Enneccerus, Schuldverhältnisse zu § 446 IIc, Anm. 6, S. 634; R. G. E. Bd. 67, S. 326; R. G. in J. W. 1912, 826, Nr. 20; 1921, 461, 4. Warneyer, Rechtsprechung 1911, Nr. 115; 1921, Nr. 93. Gruch. Bd. 58, 891; R. G. Bay. Z. 1910, 387; Hamburg O. L. G. 33, 291.

[6]) Windscheid-Kipp, Bd. 1, § 598, Nr. 1 und Anm. 1.

dessen übrigen Bestimmungen zusammenhängt, daß auch sie, weil sie eine Vorbedingung für die Ausführung des ganzen Vertrages bildet, als unsittlich angesprochen werden muß. Durchweg besteht ein solch naher Zusammenhang zwischen Hauptvertrag und Kautionsleistung nicht. Aber trotz des Zusammenhanges, der gerade auch in den vom R. G. entschiedenen Fällen vorlag, muß daran festgehalten werden, daß der der Kautionsleistung unmittelbar anhaftende Zweck in erster Linie aus der ihr eigenen Natur heraus nur der Sicherungszweck blieb, und daß es sich um eine Nebenleistung handelte, die ihren selbständigen Zweck nicht dadurch verlor, daß der Hauptvertrag zufällig unsittlichen Zwecken diente. Infolge der Versagung des Bereicherungsanspruches würde der Beklagte nicht behalten, was er schon hatte, sondern erst jetzt einen Vermögenszuwachs erfahren, der ihm in dieser Weise doch niemals zugedacht war. Diese unleidliche Folgerung führt zu der Annahme, daß eben nicht der unsittliche Zweck des Hauptvertrages, sondern der besondere und nicht unsittliche Zweck der bloß vorübergehenden Sicherung die eigentliche und allein entscheidende Bestimmung der Leistung bildet. Meines Ermessens würde dazu die Versagung des Rückforderungsanspruches wirtschaftlich ein gewaltsames Festhalten der Parteien an ihrem unsittlichen Vertrage bedeuten, während die Rechtsordnung doch bestrebt sein muß, den Beteiligten die Lösung aus unsittlichen Vertragsbeziehungen zu erleichtern.

So kann ebenfalls eine für eine nicht klagbare Differenzschuld gegebene Sicherheit nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. „Einem solchen Bereicherungsanspruch steht materiell-rechtlich weder die Vorschrift im B. G. B. §§ 764, 762, Satz 2, daß das auf Grund des Differenzgeschäfts Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, noch die Vorschrift des § 817, Satz 2 entgegen. Denn die dem Beklagten vom Kläger gegebenen 400 Dollar sollten diesem als Sicherheit für eine etwaige Differenzschuld des Klägers dienen und nicht etwa von vornherein endgültig in das Vermögen des Beklagten übergehen.“ Die Hingabe der fraglichen Dollar seitens des Klägers an den Beklagten ist daher keine „Leistung“ im Sinne von B. G. B. § 762, Satz 2 oder § 817, Satz 2.[1])

Wenn nun der Kondiktionsanspruch, wie erwähnt, dem Leistenden gewährt werden muß, wenn es sich um noch nicht erfüllte, sondern erst in Zukunft zu erfüllende Zahlungsversprechen und Schuldeingehungen handelt, so muß er entfallen, wenn der Leistende durch Hingabe von Geld oder Geldeswert sein Versprechen erfüllt und das Geschäft somit abgeschlossen hat.

bb) Aus diesem Grunde kann in der Bestellung einer Grundschuld als Entgelt für rückständiges Kaufgeld eine „Eingehung einer Verbindlichkeit“ nicht mehr erblickt werden. Wenn der Leistende auf seinem Grundstück seinem Kontrahenten ein dingliches Recht, wie es die Grundschuld ist, einräumt, dann bedeutet das mit Recht eine sofortige Vollendung des dinglichen Rechtsgeschäfts und eine sofortige Erfüllung des Schuldversprechens. Die dingliche Belastung des Grundstücks zugunsten des anderen gibt hier den Ausschlag und gilt als Hauptsache. Dem steht der Umstand nicht entgegen, daß dem Grundstückseigentümer die dingliche Verpflichtung zur Zahlung des Grundschuldbetrages und der Zinsen aus dem Grundstück, mit der übrigens nach den §§ 1191, 1192,

[1]) Komm. d. R. G. R. § 762, Anm. 3; § 817, Anm. 4; R. G. E. Bd. 67, 321; Warneyer R. 1911, Nr. 115, J. W. 1912, 862; Recht 1923, Nr. 1347 abgedruckt in Wegweiser durch das B. G. B. von Löwenwarter 1927.

928 jederzeit abwendbaren Folge, obliegt.[1]) Wie die Entstehungsgeschichte der Ausnahmevorschrift zeigt, hat man bei ihr zunächst an die Einräumung rein dinglicher Rechte gar nicht gedacht. Die Absicht des Gesetzgebers war lediglich auf die Befreiung der persönlichen Verpflichtung gerichtet; von Erfüllungsgeschäften, die auf dem Gebiete des Sachenrechtes liegen, war aber nicht die Rede.[2]) Das Reichsgericht gibt eine dahingehende Begründung: Es kommt weiter in Betracht, daß das B. G. B. in seinen Abschnitten über Rechte an unbeweglichen Sachen stets nur von Belastung des Grundstücks und Einräumung eines Rechts daran, niemals von Eingehung einer dinglichen Schuld oder Verbindlichkeit spricht, daß dagegen an zahlreichen Stellen, wo von Verbindlichkeiten die Rede ist, wenigstens zunächst nur an persönliche Schuldverhältnisse und deren Begründung gedacht ist (§§ 364, 821, 1412 ff, 1415, 1531 ff, 1298, 1660 B. G. B.). Selbst wenn man von diesen aus den Vorarbeiten des B. G. B. entnommenen Argumenten absieht, kann es aus den erwähnten Begründungen keinem Zweifel unterliegen, daß die Grundschuldbestellung, wenn sie nicht als bloße Sicherung gegeben ist, nicht mehr unter den Begriff „Eingehung einer Verbindlichkeit" im Sinne des § 817, Satz 2 gebracht werden kann, d. h. im angewandten Falle dem Leistenden, weil er erfüllt hat, der Kondiktionsanspruch versagt sein muß.

cc) Der Erfüllung muß es ebenfalls gleich erachtet werden, wenn sich die Parteien über die bereits verwerfliche causa einen Wechsel oder Scheck ausstellen, der vom Empfänger indossiert worden ist. Die Hingabe von Wechsel und Scheck stellt bereits Übertragung eines materiellen Vermögenswertes, — einer realen Leistung dar. Sie gewährt dem jeweiligen Empfänger das sofortige Recht, die angewiesene Summe aus dem Bankkonto des Geschäftsgegners zu erheben. Diese Tatsache entspricht bei vorhandener Deckung einer geldwerten Leistung. Die Hingabe gibt ferner die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, durch Weiterbegebung des Papieres materielle Werte zu erlangen und stellt so auch nach der Auffassung des modernen Verkehrs einen Gegenstand sachlichen Wertes dar. Es geht nicht an zu sagen, daß man durch den Begebungsakt sich lediglich verpflichtet, nicht aber tatsächlich geleistet habe, sondern erst in Zukunft zu leisten willig sei und aus diesem Grunde zur Leistung dieser Verbindlichkeit nicht gezwungen werden könne. Der Umstand muß vielmehr hier entscheidend sein, daß das verwerfliche Geschäft nach Weitergabe des Papieres ein fertiges ist, und daß in der Übertragung des materiellen Vermögenswertes nicht eine bloße Eingehung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 817 B. G. B. erblickt werden kann.[3]) Der Vorschrift liegt als Strafbestimmung der Grundsatz in pari turpitudine melior esse debet causa possidentis und der Zweck zugrunde, die gerichtliche Verfolgung der aus diesen schmutzigen Geschäften herrührenden Ansprüche abzuschneiden, um so Streitigkeiten aus solchen beiderseits sittenwidrigen Geschäften nach Möglichkeit von den Gerichten fernzuhalten. Diesen Grundsätzen wird für die Auslegung der Vorschrift wesentliche Bedeutung beizumessen sein. Rechtslehre und Rechtssprechung der Reichs- und Oberlandesgerichte stehen einmütig

[1]) Staudinger zu 817, 2 d δ, S. 1714; Planck zu § 817, 7, S. 1668/69; Komm. d. R. G. R. zu § 817 1923, 4, S. 1064; Warneyer zu § 817, S. 1291 II. Enneccerus, 1. Bd. 2. H., § 446, 2, Anm. 4, S. 634. Warneyer Recht 1918, Nr. 10; R. G. E. Bd. 73, S. 144.

[2]) Vgl. Motive Bd. 2, S. 850/51, 693, 694.

[3]) Hingabe eines Schecks nicht als Zahlung, sondern zur Weitergabe eines Accredetivs an eine Bank ist keine Leistung im Sinne des § 817, Satz 2, sondern lediglich Sicherung einer späteren Leistung. R. G. J. W. 1925, S. 1392.

auf dem Standpunkte, daß Scheck- und Wechselhingabe die Übertragung eines Vermögenswertes, eine geldwerte reale Leistung darstellt.[1])

dd) In gleichem Sinne hat das Reichsgericht in seinem Urteile vom 21. 4. 1906 auch bezüglich der Bordellhypothek entschieden.[2]) Es sah in ihr ebenfalls eine fertige Leistung und führte dazu etwa folgendermaßen aus. Persönlich sei zwar der Erwerber eines Bordells für den noch schuldigen Kaufpreis nicht haftbar zu machen, aber die in Erfüllung des Vertrages begründete dingliche Verhaftung des Grundstückes müsse zu Recht bestehen bleiben. Es könne dahingestellt werden, ob man bei einer solchen Rechtslage sagen dürfe, daß die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandele, obwohl die Ähnlichkeit beider unverkennbar sei. Eine solche Hypothek unterscheide sich von der Grundschuld jedoch dadurch, daß sie für eine persönliche Forderung bestellt worden sei, die nach § 138 B. G. B. nichtig sei. Deren Rückforderung bleibe aber ausgeschlossen, soweit sie bezahlt, oder durch Vermögensverschiebung auf sachenrechtlichem Gebiete erfüllt wäre. Die Bestimmung des § 1163 B. G. B.[3]) sei daher auf die hier fragliche Hypothek nicht anzuwenden. Denn wenn nach § 817 B. G. B., Satz 2 die Rückforderung ausgeschlossen sei, weil demjenigen, der sie bestellt habe, ein gleicher Verstoß gegen Sitte und Gesetz zur Last falle, so könne man nicht auf Umwegen zu einem den § 817, Satz 2 widerstreitenden Endergebnis kommen.[4])

Diesem Standpunkt ist das Reichsgericht jedoch nicht treu geblieben, sondern hat sich den bemerkenswerten Ausführungen von Lenel[5]) und Matthiessen[6]) angeschlossen und unter Aufgabe seines früheren Standpunktes in der Entscheidung vom 5. 2. 1908[7]) bekannt, daß eine Hypothekenbestellung in dem vorliegenden Sinne keine Leistung nach § 817 B. G. B. sei. Der Begriff der Leistung erfordere, daß eine Vermögensverschiebung stattgefunden habe und ein Vermögensstück von dem Leistenden auf den Empfänger übertragen worden sei. Durch die Hypothekenbestellung habe der Besteller noch nichts aus seinem Vermögen herausgegeben, gleichviel ob die Hypothek selbst oder nur die gesicherte Forderung nichtig sei. Wenn die Hypothek selbst nichtig sei, habe der Hypothekenbesteller überhaupt kein dingliches Recht an seinem Grundstück begründet, und wenn nur die gesicherte Forderung nichtig sei, hätte die Hypothekenbestellung nicht die Wirkung, daß der das dingliche Recht erlangt habe, für den es bestellt werden sollte, sondern es sei das Hypothekenrecht kraft Gesetzes in der Hand des Bestellers als Eigentümergrundschuld geblieben.

Der Käufer ist demnach befugt, sowohl Befreiung von der persönlichen Haftung als auch Aufhebung der dinglichen Hypothekenberechtigung zu verlangen,

---

[1]) Planck, zu § 817, 7, S. 1669.
Staudinger, zu § 817 d, S. 1714.
Warneyer, zu § 817, II, S. 1291, Ausg. 1923.
R. G. R. K. § 817, 4, S. 1064. R. G. J. W. 1921, S. 461, 3.
Warneyer R. 1921 Nr. 44; O. L. G. E. Bd. 39, 183.
a. M. Dresden Sächsisches Archiv 1919, 85, wenn von einem bei einem sittenwidrigen Geschäft Beteiligten ein Wechsel hingegeben und weitergegeben wird.

[2]) R. G. E. Bd. 63, S. 187.

[3]) § 1163 der lautet: Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek.

[4]) Ebenso Reichel in D. J. Z. 1907, S. 109 ff.

[5]) D. J. Z. 1907, S. 454. Der 63. Band der Entscheidung des R. G. in Zivilsachen.

[6]) D. J. Z. 1907, S. 534 ff. zur Gültigkeit der Bordellhypothek 1907.

[7]) Bd. 68, S. 103, R. G. E.

ohne selbst verpflichtet zu sein, das erworbene Grundstück herauszugeben; denn entweder ist die Hypothek wegen Causamangel nichtig, und der Gegner hat noch gar nichts erworben oder sie ist doch wegen Fehlens der zu sichernden Forderung nicht dem eingetragenen Gläubiger erworben, sondern gemäß § 1163 B. G. B. dem die Eintragung bewilligenden Eigentümer. Der mit der Hypothekenklage belangte Eigentümer, der sich auf den Mangel des Grundgeschäftes beruft, fordert damit keine Leistung zurück.[1])

Zu welcher unbefriedigenden, gegen Treu und Glauben verstoßenden Endkonsequenz man auf Grund letztgenannter Entscheidung bei gegenseitigen Verträgen oft gelangen muß, sei der Ausführung im Nachfolgenden vorbehalten.

ee) Wirft man einen Blick in die umfangreiche Casuistik der Kommentare zu § 817 B. G. B., so wird man die Wahrnehmung machen können, daß darin die Bordellkäufe einen breiten Raum einnehmen, und daß gerade die Bordellgeschäfte ein in der Rechtsprechung viel umstrittenes Gebiet bilden. In ständiger Rechtsprechung hat das Reichsgericht die Meinung vertreten, die Bordellgeschäfte verstießen dann gegen die guten Sitten, wenn der Kaufpreis mit Rücksicht auf das unsittliche Gewerbe und den daraus zu erzielenden Gewinn von den Parteien besonders hoch festgesetzt worden ist. Mit Recht geht also das Reichsgericht davon aus, daß der Verkauf eines Hauses, worin ein Bordell betrieben wird, noch nicht wegen der Verwendungsabsicht des Käufers, wohl aber dann (nach § 138 B. G. B.) nichtig ist, wenn geradezu das Bordell dem Vertrage das besondere Gepräge gibt.[2]) Ist nun das Causalgeschäft wegen beiderseitigen Verstoßes gegen Sitte und Gesetz nichtig, so folgt aus dieser Nichtigkeit in Verbindung mit der Gültigkeit und Unkondizierbarkeit der realen Leistung, daß wer vorleistet auf eigene Gefahr hin handelt. So kann es, wie es sich hauptsächlich beim Bordellkauf fühlbar gemacht hat, geschehen, daß der andere Teil all das, was er empfangen hat, behält, und sich seinerseits der Erfüllung entzieht. Der Käufer wäre demnach an sich befugt, sowohl Befreiung von der persönlichen Haftung als auch Aufhebung der dinglichen Hypothekenberechtigung zu verlangen, ohne selbst die Verpflichtung auf sich nehmen zu müssen, das erworbene Grundstück herauszugeben.

Eine derartige Lösung kann jedoch in keiner Weise dem Rechtsgefühl entsprechen. An anderer Stelle[3]) wurde bereits erwähnt, daß das Reichsgericht heute anerkennt, daß der Wucherer das hingegebene Darlehen kondizieren kann, ohne sich dem Einwande aus § 817, Absatz 2 auszusetzen, indem es feinsinnig und durchaus berechtigt argumentiert, daß nicht die Hingabe des Darlehens, sondern das Versprechen der übermäßigen Vorteile den Verstoß gegen das Gesetz

---

[1]) So auch Enneccerus, Bd. 1, 2. Hälfte, § 446, Anm. 4, S. 634.
Planck, 1928 zu § 817, 7, S. 1668.
Staudinger, 1929 zu § 817, 2 d, S. 1714.
Oertmann, Komm. 1929 zu § 817 c, S. 1353.
Warneyer, 1921 zu § 817 II, S. 1291.
Lehmann, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1928, § 25 III, S. 142.
Warneyer, Entscheidungen 1918, Nr. 10.

[2]) Vgl. hierzu R. G. E. Bd. 29, S. 109; 34, S. 350;
„ 38, „ 202; 55, „ 170;
„ 63, „ 182; 68, „ 99;
„ 71, „ 433; 75, „ 70;
„ 78, „ 282;
Gruch. Bd. 62, S. 635. Warneyer 1922, S. 121.
Recht 1909, Nr. 2398; 1911, Nr. 672; 1912, Nr. 1274.

[3]) Siehe S. 77—78.

bildet.[1]) Zu demselben wirtschaftlichen Ergebnis nötigt bei der Grundschuldübertragung[2]) die Annahme, daß diese eine in sich vollendete Vermögensverschiebung darstellt.[3]) Entsprechend muß sich auch im Falle der Hypothekenbestellung ein Weg ausgleichender Gerechtigkeit finden lassen, da auch hier dem einen der beiden am unsittlichen Geschäft gleich Beteiligten ein wirtschaftlich ungerechtfertigter Vermögensvorteil hingegeben wurde, der von der Norm gebilligt wird, weil das Gesetz eben keinen direkten Weg aufweist, der zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen könnte. Gewiß ist anzuerkennen, daß man die Parteien wegen ihrer verwerflichen Handlungsweise strafen will. Will man aber strafen, dann muß man nach jeder Seite der Beteiligten hin gerecht strafen. Unbillig und gegen die guten Sitten verstoßend könnte unter Umständen eine Bestrafung wirken, die in strenger Durchführung des Grundsatzes besteht, daß nun immer der benachteiligt sein soll, der vorgeleistet hat. In beschränktem Maße hat deshalb das Reichsgericht zu helfen gesucht, um angesichts des derzeitigen Gesetzeswortlautes, der bei beiderseits verwerflicher Handlungsweise keiner Partei einen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, Härten zu vermeiden.

So kann bisweilen einem auf § 817 B. G. B. gestützten Anspruch auf Befreiung von einer (aus einem beiderseits verwerflichen Geschäft sich herleitenden) Verbindlichkeit die Einrede der exceptio doli generalis entgegengesetzt werden. Kann man dem Grundsatz „in pari turpitudine melior esse debet causa possidentis“ die erste Gültigkeit auch nicht absprechen, so wird es innerhalb der praktischen Fallgestaltung oft notwendig sein, von diesem Grundsatz dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Besonderheit des Falles es erheischt. Wenn der Grundgedanke des § 817 B. G. B. dahin geht, bei beiderseits verwerflicher Gesinnung keinen der beiden zu begünstigen, so stände damit im Widerspruch, wenn dem Empfänger gestattet wäre, das ihm Geleistete zu behalten, und daneben die aus der Nichtigkeit des Geschäfts sich ergebende Rückforderung seiner eigenen Gegenleistung, die zur Erlangung der neuen Leistung aufgegeben wurde, durchzusetzen, — eine Folge, die das Gesetz nicht gewollt haben kann. M. E. ist es nicht zutreffend, daß die Einrede der Arglist gegenüber § 817 ausgeschlossen sein soll. In Band 71, S. 432 der Entscheidungen des Reichsgerichts heißt es im Hinblick auf Satz 2 des Paragraphen: „es besteht kein Bedenken, der Einrede der Arglist bei Anwendung der Rechtsgrundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung Raum zu gewähren.“ — Treu und Glauben beherrschen, wie die guten Sitten, den gesamten Rechtsverkehr und kommen überall da zur Geltung, wo mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber die Grundsätze angewandt wissen will, um einem damit in Widerspruch stehenden Gebahren seinen Schutz zu versagen. Nach Ernst Fuchs[4]) wird das System des B. G. B. durchdrungen von dem Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und von dem Grundsatz der Zurückweisung jeder Arglist im weitesten Sinne. „Die §§ 157, 226, 242, 826 erscheinen als eine besondere Ausprägung des allgemeinen Prinzips. Die §§ 242 und 394 B. G. B. stehen sich nicht als zwei gleich zwingende und zwei gleich kräftige Rechtssätze gegenüber, in deren Zusammentreffen der § 394 B. G. B. als lex specialis die Oberhand behalten müßte, sondern

[1]) R. G. E. Bd. 78, S. 252.
[2]) Wie auf S. 84 ff gezeigt.
[3]) R. G. E. Bd. 73, S. 143.
[4]) R. u. W. 1916, S. 91.

das allgemeine Prinzip beherrscht alle Einzelbestimmungen und muß gerade in ihnen lebendige Wirkung üben, zur Klärung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des Wortlautes.

Was hier von dem Verhältnis von § 242 und § 394 B. G. B. gesagt worden ist, muß auch für die Bestimmung des Verhältnisses der übrigen Normen zu § 242 B. G. B. Geltung haben.[1]) (So Plum in J. W. 1920, S. 980, Nr. 4). Daß weiter gerade auch gegenüber § 817 B. G. B. die Einrede Anwendung erfordert, folgt aus der vom Reichsgericht in Bd. 85, S. 295 entwickelten Ansicht und Auffassung. Freilich sind auch die von den Gegnern[2]) der Möglichkeit einer Anwendung der exceptio doli generalis angeführten Bedenken zu würdigen, wenn man berücksichtigt, daß auf Umwegen die klaglose Verbindlichkeit wieder zu einer klagbaren gemacht werden kann, und damit wieder ein wesentlicher Zweck der Vorschrift vereitelt, und gleichzeitig dem verwerflich Handelnden der Rechtsschutz wieder verliehen wird. Unzulässig bleibt es deshalb, die Anwendung der exceptio doli generalis in nicht ganz krass liegenden Fällen zuzulassen. Die Würdigung und Anwendung der exceptio doli generalis muß ihrer Natur nach dem völlig freien Ermessen und dem Takt des erkennenden Richters überlassen bleiben. In seiner Hand muß es liegen, eine dem Rechtsgefühl entsprechende und vor dem Gesetz gerechtfertigte Lösung zu finden.[3]) Die Zulassung und Ablehnung der exceptio doli generalis kann immer nur aus den höchst individuellen Umständen des Einzelfalles gefolgert werden, die im Voraus nicht übersehbar sind. Eine theoretische, allgemein gültige Grenze läßt sich hier nicht ziehen.

3. Anwendbarkeit der Vorschrift des Satzes 2 außerhalb der Bereicherungslehre.

Das Sprichwort: „Nemo auditur in iudicio turpitudinem suam ellegans" gilt für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht in dieser Allgemeinheit, daß es als Grundgedanke unser bürgerliches Recht beherrscht.[4])

a) Weder aus § 138 noch aus § 817 B. G. B. läßt sich ein solch allgemeiner Satz herleiten, daß nun niemand bei Gericht gehört werden soll, der seine eigene Unsittlichkeit bekennen muß. Die Vorschrift des § 817, Satz 2 B. G. B. ist nur für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben. Auf Forderungen aus anderen Rechtsverhältnissen kann die Vorschrift des § 817, Satz 2 B. G. B. nicht angewendet werden, insbesondere nicht auf solche aus unerlaubten Handlungen. Der an einer unerlaubten Handlung Beteiligte wird nicht schon deshalb haftfrei, weil dem Verletzten ebenfalls eine sittenwidrige Handlungsweise zur Last fällt, wie ein jeder der streitenden Parteien gehört werden muß, wenn auch der Anspruch nur damit begründet werden kann, daß eine jede propriam turpitudinem — eigene Unsittlichkeit — bekennen muß. Der VI. Zivilsenat[5]) hat

---

[1]) R. G. E. Bd. 99, S. 1.

[2]) R. G. R. K., Ausg. 1928 zu § 817, S. 523.
R. G. E. Bd. 78, S. 282 ff, Bd. 86, S. 191 ff.
R. G. im Recht 1912, Nr. 2831.

[3]) **Für die Anwendbarkeit der exceptio doli generalis:** Staudinger 1929 zu § 817 d, S. 1714. Planck 1928 zu § 817, 7, S. 1669; Enneccerus § 446, 2 b, Anm. 5, S. 634 im Recht der Schuldverhältnisse; v. Tuhr, D. J. Z. 1912, S. 1268 ff. Warneyer, Komm., S. 1192 II. Philipp, Bay. Z. 1905, S. 386. Warneyer E. 1912, Nr. 243.

[4]) R. G. in J. W. 1913, 734, 2. Warneyer R. 1920, Nr. 145; 1922, Nr. 64.

[5]) R. G. E. Bd. 70, S. 5.

in seinem Urteil vom 21. September 1908 ausgesprochen, daß der aus § 817, Satz 2 sich herleitende Anspruch nur für die ungerechtfertigte Bereicherung gegeben ist und nicht auf Forderungen aus anderen Rechtsverhältnissen ausgedehnt werden kann. Auch der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten Handelnde braucht nicht einen ihm durch Betrug oder sonst deliktisch zugefügten Vermögensschaden ohne weiteres auf sich zu behalten. — Es ist ein anderes, ob die auszugleichende Vermögensverschiebung lediglich auf Grund eines nichtigen Geschäftes oder sonst ohne rechtlichen Grund eingetreten ist, oder ob der mit der Rückforderung in Anspruch Genommene dieses Geschäft mittels unerlaubter Handlung herbeigeführt und dadurch Schaden gestiftet hat. So scheitert derjenige, der einem Minderjährigen, (der sich betrügerisch für volljährig ausgegeben hat,) durch Herleihung von Geld in unsittlicher Weise zum Glücksspiel verholfen hat, mit seiner Schadenersatzklage nach den besonderen Umständen des Falles vielleicht an § 254 B. G. B. nicht aber an § 817, Satz 2 B. G. B.[1])

b) Auch dem Eigentumsanspruch kann die Vorschrift des § 817 B. G. B. Satz 2 nicht wirksam entgegen gesetzt werden. Wenn jemand z. B. sein Bordellgrundstück vermietet hat, kann er mit der rei vindicatio Räumung verlangen und braucht nicht zu dulden, daß das schändliche Treiben weitergeführt wird.[2]) Er verweigert also die weitere Erfüllung des Mietvertrages, wozu er bei dessen Nichtigkeit berechtigt ist, indem er beansprucht, daß der Mieter den ferneren Gebrauch des Grundstücks zum Bordellbetrieb einstelle und es ihm zurückgebe.

Es ist zu bedenken, daß der im Gebiete des Schuldrechts begründete § 817 B. G. B. sicherlich nur bei rein obligatorischen Ansprüchen akut werden kann, daß aber nicht die Anwendung des Satzes 2 der Vorschrift auch rein dinglichen Ansprüchen gegenüber Platz greifen kann. Denn die für obligatorische Ansprüche geltenden Grundsätze dürfen nicht ohne weiteres auf sachenrechtliche Rechtsverhältnisse ausgedehnt werden.[3]) Mag deshalb auch ein analoger Anwendung fähiges Prinzip vielleicht in der Vorschrift des Satzes 2 liegen, so darf man es nicht über Bereicherungsansprüche und sicherlich nicht über obligatorische Ansprüche hinaus ausdehnen.[4]) [5])

Dieser Ansicht, die wohl als herrschend anerkannt werden muß, tritt der VII. Senat des Oberlandesgerichts Dresden in seinem Urteil vom 30. Juni 1908 entgegen.[6]) Er erwägt, daß bei Vorliegen eines verwerflichen Leistungszweckes dem Leistenden auch dann der Rückforderungsanspruch versagt sein muß, wenn sich sein Herausgabeanspruch nicht gerade auf § 817, Satz 1, sondern auf einen anderen Rechtsgrund stützt. Ebenfalls will Lesser[7]) den § 817 B. G. B. im Wege

---

[1]) Oertmann, Komm. 1929 zu § 817, 6, S. 1353; Planck, Komm. 1928 zu § 817, 4, S. 1664. Warneyer, Komm. 1930, zu § 817 II, S. 1415; Staudinger, Komm. 1929 zu § 817 d, S. 1716; Komm. d. R. G. R., Ausg. 1928, 3, S. 522; Enneccerus, 1924, Bd. II, § 446, Anm. 3, S. 634. R. G. E. Bd. 70, S. 5; R. G. E. Bd. 107, S. 308; Warneyer R., Nr. 74, 1914; L. Z. 1924, S. 329; Recht 1922, Nr. 53, Gruch. Bd. 61, S. 303; a. A. Köln, J. W. 1920, S. 396, Nr. 8.

[2]) Vgl. Hans. Ger. Z. 1897, Nr. 60; R. G. Warneyer 1911, Nr. 115; O. L. G. Bd. 8, S. 423.

[3]) R. G. L. Z. 1923, 565; 1924, 329.

[4]) So die Kommentare wie auf Seite 97, Anm. 1.

[5]) Vgl. ferner die Entscheidung des II. Zivilsenats vom 20. Juni 1922, Bd. 105, S. 67 . . . „Und dem **Wandlungsanspruch** stünde der Einwand aus § 817, Satz 2, daß dem Kläger gleichfalls ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten zur Last falle, nicht entgegen!"

[6]) Bd. 30, 1909, Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichtes zu Dresden, Nr. 13, S. 174 ff.

[7]) Rechtsstellung von Sachen, die unter Verletzung der Kriegswirtschaftsvorschriften besessen werden in J. W. 1919, S. 91.

der Rechts- nicht der Gesetzesanalogie Geltung für das gesamte Recht beimessen. Meines Ermessens geht diese Ansicht zu weit. Der Gesetzgeber würde zum mindesten, wenn er die Vorschrift des § 817 als einen das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundgedanken aufgefaßt wissen wollte, dieses irgendwie zum Ausdruck gebracht haben. Darüber läßt sich jedoch weder in den Entstehungsgründen, in den Vorarbeiten zum B. G. B., noch in der Rechtslehre ein Anhaltspunkt finden.

B. Die subjektiven Erfordernisse.

I. Prüfung, ob in § 817 B. G. B. lediglich ein objektiver Verstoß gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten genügt?

Sind die Bedingungen der Norm in ihrer objektiven Tatbestandsmäßigkeit erfüllt, so fragt es sich, ob der objektive Gesetzes- oder Sittenverstoß genügt, die vom Gesetz angedrohte Rechtsverwirkung herbeizuführen, oder ob die Rechtsfolgen erst bei Vorliegen eines subjektiven Verschuldens eintreten?

Die aufgeworfene Frage hat in der Literatur vereinzelt Beachtung gefunden. So hat Weyl[1]) sich hierzu dahingehend erklärt, daß nichts im Wege stehe, den Begriff mit einigen Äußerungen der Materialien als etwas rein objektives aufzufassen. Er erklärt es für irrelevant, ob sich in die objektive Sittenwidrigkeit auch ein subjektiver Tadel einmischt, d. h. ob der Täter selbst seine Handlungsweise für einen Verstoß gegen die guten Sitten hielt. Allerdings könne die Einmischung des subjektiven Momentes einer Kenntnis des Empfängers, bezw. des Leistenden, von der Moralwidrigkeit des Vorganges hinzukommen. Der Verfasser glaubt sich, lediglich um die Existenzmöglichkeit des § 817 B. G. B. zu retten, veranlaßt zu sehen, „in ihm das subjektive Moment hineinzuinterpretieren", daß er aber in den Gesetzesworten nur das objektive Moment zum Ausdruck gebracht finde. Denn, sagt Lotmar[2]): „Wenn das Recht seine Mitwirkung versage, um einen gesetz- oder moralwidrigen Erfolg nicht eintreffen zu lassen, so brauche es sich nicht um die Person und deren Kenntnis davon zu kümmern. Diese Meinung vertritt anscheinend auch Warneyer[3]), teilweise ebenfalls Enneccerus.[4]) Der objektive Verstoß gegen die Norm genügt für ihre Anwendbarkeit allein, um den rechtswidrigen Erfolg eintreten zu lassen, ohne hierfür ein subjektives Verschulden zu verlangen.

II. Notwendigkeit eines subjektiven Verstoßes und Art des Verstoßes.

Diesem Standpunkt widerspricht jedoch die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Vorschrift. Die Motive[4a]) sprechen zu § 747 des ersten Entwurfes, der dem heutigen § 817 B. G. B. entspricht, von einer in der Annahme

---

[1]) Verschuldensbegriffe § 36, S. 219.
§ 45, S. 342 ff.
[2]) Lotmar, a. a. O., S. 171, Anm. 182.
[3]) Warneyer, 1923 zu § 817, Anm. I, Abs. 2.
[4]) Enneccerus, 1923, Bd. 1, 2. § 446, Anm. 3, S. 634.
[4a]) Motive, Bd. 2, S. 849.

der Leistung sich offenbarenden Auflehnung gegen die guten Sitten und von einer durch diese Vorschrift zu treffenden verwerflichen Gesinnung des Empfängers. Dem § 747, Absatz 1 und 3 B. G. B. entsprach nach Ansicht der zweiten Kommission [1]) der § 741 des zweiten Entwurfs, der seinerseits dem § 817 B. G. B. fast wörtlich entspricht. Wenn nun die Motive zu § 747 B. G. B. deutlich bemerken, daß die Rückforderung nur stattfinde, wenn dem Zuwiderhandelnden die causa turpis erkennbar gewesen oder ins Bewußtsein getreten ist, so bietet die in der zweiten Lesung erfolgte Änderung und Kürzung des Gesetzeswortlautes keinen Anlaß, den Schluß nun dahingehend zu ziehen, daß die Ansicht des Gesetzgebers sich in der Hinsicht zu § 747 geändert habe. Die Neufassung war lediglich dadurch veranlaßt, daß man es für treffender hielt, den Verstoß gegen „die öffentliche Ordnung" aus dem Gesetzestext zu entfernen, um ihn durch den in seiner Auslegung begrenzteren Begriff des Verstoßes gegen ein Gesetzesverbot zu ersetzen. Die übrigen Änderungen der Norm sollten lediglich dem Zwecke der Vereinfachung dienen, die letzten Endes den nunmehr bestehenden Streit veranlaßt hat. Jedenfalls ist dieses Argument allein nicht genügend, eine volle Überzeugung dahin zu geben, daß der objektive unwissentliche Verstoß genügt, das Rückforderungsrecht, und im Falle des Satzes 2 seinen Ausschluß zu begründen. Im Gegenteil vertritt die derzeitige Rechtsprechung und die Rechtslehre fast einmütig den Standpunkt, daß dem § 817 B. G. B. Strafcharakter beizumessen sei,[2]) was sich aus der angeführten Motivstelle klar ergibt. Selbst wenn der Änderung des Gesetzeswortlautes im § 741 des zweiten Entwurfes einige historische Bedeutung zugunsten der Gegenmeinung beizumessen wäre, so steht der Strafcharakter der Vorschrift heute durchaus im Vordergrund. Kennzeichnet sich die Norm des § 817 B. G. B. als Strafvorschrift für verwerfliche Gesinnung des Zuwiderhandelnden, so ist ein subjektives Verschulden der Rechtsparteien unbedingt erforderlich. Strafe setzt, wenn sie verdient sein soll, immer ein Verschulden voraus. Mit diesem Zweck würde der § 817 B. G. B. nicht in Einklang zu bringen sein, wenn schon der objektive Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten ausreichen sollte. Unser Recht wird von dem Grundgedanken beherrscht, daß bei bewußt rechtswidrigem Handeln Rechtsnachteile verwirkt sein sollen. Nach herrschender Ansicht verlangt insbesondere das Strafrecht, daß dem Delinquenten die Rechtswidrigkeit bewußt war, um das angedrohte Strafmaß über ihn verhängen zu können. So bemerkt Oertmann [3]), daß man ohne Hineinziehung des subjektiven Momentes schwerlich auskomme, auch wegen Verweisung auf § 817, Satz 2, der sinngemäß nur ein subjektiv vorwurfsvolles Verhalten trifft. Die Protokolle nehmen zu der Ansicht der zweiten Kommission Stellung und erklären sie dahin, daß häufig erst „durch Hinzunahme des subjektiven Momentes der Inhalt des Rechtsgeschäfts ins rechte Licht gerückt werde.[4]) Es fragt sich nun weiter, welches Maß eines subjektiven Verschuldens zur Anwendbarkeit der Norm vorliegen muß.

1.) Ein Teil der Autoren glaubt, daß bereits „Erkennbarkeit" — jede Möglichkeit des Erkennens — genüge, daß der Zweck der Leistung ein verwerflicher sei, um seine Rückforderung auszuschließen. So hält Staudinger für die

[1]) Protokolle, Bd. II, Nr. 162 IV, S. 703.
[2]) Vgl. S. 9 ff. der Abhandlung.
[3]) Oertmann, 1929 zu § 817, 6, S. 1351.
[4]) Protokolle, Bd. 1, Nr. 21, III, S. 123 ff.

Anwendbarkeit des § 817 erforderlich, daß der Empfänger den Zweck der Leistung erkannt habe, erachtet es aber nicht für notwendig, daß dem Empfänger auch der zur Last fallende Verstoß gegen Sitte und Gesetz zum Bewußtsein gekommen ist[1]), wie es ebenfalls nicht Erfordernis zur Anwendbarkeit des Satzes 2 ist, daß der Leistende sich bewußt war, durch die Leistung gegen Gesetz und Moral verstoßen zu haben.[2]) Jedoch wird Erkennbarkeit im Verhältnis zu Satz 1 erforderlich sein. Nach v. Mayr[3]) ist es gleichgültig, ob die Unsittlichkeit den Parteien zum Bewußtsein gekommen ist oder nicht. Vielmehr muß den am Rechtsgeschäft Beteiligten erkennbar gewesen sein, daß mit der Leistung überhaupt ein weiterer Zweck beabsichtigt ist.[4])

2.) Doch wird jede Erkennbarkeit als Maß für ein subjektives Verschulden wohl kaum genügen, um einen solch scharfen Verwirkungseinwand, wie ihn eine Strafvorschrift verlangt, herbeizuführen. Mit einem derartigen Verwirkungseinwand soll nur der bedroht sein, den ein erhebliches Maß des Verschuldens trifft. Deshalb ist ein großer Teil des Schrifttums und die neuere Rechtsprechung der Ansicht, daß die Rechtsfolgen des § 817 nur bei bewußter Zuwiderhandlung gegen das gesetzliche Verbot oder die guten Sitten eintreten. Nicht ausreichend, um ein solches Bewußtsein anzunehmen, ist die bloße Kenntnis des äußeren Tatbestandes, aus dem sich Gesetz- und Sittenwidrigkeit ergibt. So erachtet besonders der Kommentar der Reichsgerichtsräte[5]) für erforderlich, daß sich Leistungsempfänger, wie auch Leistender des Verstoßes bewußt sind. Dieser Meinung schließt sich ferner Enneccerus[6]) und das Oberlandesgericht Düsseldorf[7]) an.

Hinsichtlich der Verbotsgesetze macht das Reichsgericht eine m. E. berechtigte und durchaus billige Einschränkung. Es unterscheidet sich zwischen Verbotsgesetzen, die kraft ihrer inneren Bedeutung und der langen Zeit ihrer Geltung in das Allgemeinbewußtsein des Volkes übergegangen sind, sodaß deren Bekanntsein regelmäßig vorausgesetzt werden kann, und solchen, die der inneren Bedeutung ermangeln, und die nur für kurze Zeit Geltung haben sollen. Wenn Weyl[8]) behauptet, daß die Verstöße gegen die guten Sitten begrifflich etwas rein objektives seien, so sei das ebenso vielleicht noch offensichtlicher der Fall betreffs des Verstoßes gegen die Verbotsgesetze, so ist dem durchaus zu widersprechen. Erhöhte Bedeutung erhielt der § 817 B. G. B. während des Krieges und in der ersten Nachkriegszeit wegen der Geschäfte, die auf Umgehung gesetzlicher Verbote zur Zentralisierung der Wirtschaft und Erlangung übermäßiger Kriegsgewinne, oder auf Umgehung und Durchkreuzung sonstiger aus der Not der Zeit geborenen Maßnahmen abzielten. Erst recht muß m. E. die bewußte Zuwiderhandlung in den Fällen gelten, in denen ein Verbotsgesetz in Frage steht, daß infolge seiner kurzen Geltungsdauer bei den in Betracht kommenden Verkehrskreisen regelmäßig nicht ohne weiteres als allgemein be-

---

[1]) Staudinger, Komm. zu § 817 B. G. B. 2b, S. 1711.
[2]) Derselbe, zu § 817, 2d, S. 1713.
[3]) Bereicherungsanspruch, S. 576 ff.
[4]) Ebenso Matthias, S. 412, im Ergebnis Goldmann-Lilienthal, S. 872, Anm. 4, O. L. G., Bd. 20, S. 247.
[5]) R. G. R. K., zu § 817, S. 1061.
[6]) Enneccerus, II 2 § 446, Anm. 3, S. 634.
[7]) O. L. G. E., J. W. 1921, S. 1368, Anm. 1.
[8]) Verschuldensbegriff, § 45, S. 342 ff.

kannt vorausgesetzt werden kann.[1]) In diesem Sinne entschied auch das Reichsgericht. Der zweite Zivilsenat in seinem Urteile vom 16. Mai 1919[2]) bekennt sich unter Aufgabe der Ansicht des ersten Zivilsenats vom 4. Oktober 1909[3]) dazu, daß der objektive Verstoß gegen ein Verbotsgesetz nur dann der Kondiktion entgegenstehe, wenn es kraft seiner inneren Bedeutung und seiner langen Geltungszeit in das Allgemeinbewußtsein des Volkes übergegangen sei. In ähnlicher Weise urteilt der erste Zivilsenat am 1. 3. 1922.[4]) — Der objektive Verstoß kann dann nicht als genügend erachtet werden, wenn es sich um Bestimmungen und Gesetze handelt, deren Kenntnis nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann, wie es besonders während des Krieges und in der ersten Nachkriegszeit der Fall war, wo eine Verordnung die andere infolge der Wirtschaftslage durch Bekanntmachung in Polizeiblättern oder in behördlichen Verwaltungsblättern verdrängte. So kommt die Anwendung der Vorschrift dann nicht in Betracht, wenn die allgemeine Kenntnis der Gesetzesbestimmungen bei den in Betracht kommenden regelmäßigen Bestimmungskreisen nicht erwartet werden kann.[5])

3.) Will man dem Standpunkte, daß zur tatbestandsmäßigen Erfüllung des § 817 B. G. B. subjektives Verschulden im Sinne einer bewußten Zuwiderhandlung notwendig sei, beitreten, so muß man dem Bewußtsein des Verstoßes zweckmäßigerweise auch die grobfahrlässige Unkenntnis des Verstoßes gleichstellen und zwar ohne Unterschied, ob es sich um eine grobfahrlässige Unkenntnis des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, oder um eine solche des Verstoßes gegen die guten Sitten handelt. Zu einer unterschiedlichen Behandlung ist kein innerer Grund gegeben. Hätte nämlich der Leistungsempfänger bezw. der Leistende den Verstoß kennen müssen, ist ihm also ein schwerer Vorwurf zu machen, (der der Grobfahrlässigkeit), daß er sich den Verstoß nicht zum Bewußtsein gebracht hat, so ist es nicht zu hart, ihn allgemein mit der Verwirkung des § 817 B. G. B. zu bestrafen. Diese Auslegung steht im Einklang mit dem erzieherischen Zweck der Vorschrift und erscheint daher als die gebotene.[6])

Der Richter hat danach zu forschen, ob im Einzelfall ein solch hoher Grad der Schuld vorliegt, daß er eine Anwendung des § 817 B. G. B. rechtfertigen kann. Die Parteien können sich in krass liegenden Fällen also nicht damit herausreden, daß sie diese oder jene nach allgemeinen Ansichten als bekannt vorauszusetzende Vorschrift nicht gekannt haben.[7])

---

[1]) R. G. R. K., 1923, S. 1061. Planck, zu § 817, 5 d, S. 1665, 1666.

[2]) R. G. E., Bd. 95, S. 347.

[3]) R. G. E., Bd. 72, S. 46.

[4]) R. G., in Recht, 1922, S. 1558.

[5]) R. G. E., Bd. 105, S. 271; Bd. 104, S. 54; Bd. 95, S. 347. R. G. E., in Seuff. Archiv 76, Nr. 160; R. G., in Gruch. 66, S. 98; R. G. J. W. 1921, S. 1307; Warneyer, Rechtsprechung, 1908, Nr. 371; 1921, Nr. 59, S. 44. Kiel, J. W. 1923, S. 1047. Dresden O. L. G. 39, S. 186; v. Tuhr, J. W. 1921, S. 1307; R. G., im Recht, 1922, Nr. 840; 1923, Nr. 30; Komm. d. R. G. R. 1923 zu § 817, S. 1061; Planck, zu § 817, S. 1665, 1666, 3.

[6]) Planck, Komm. zu § 817, 5 d, S. 1666.

[7]) R. G. E., Recht, 1922, Nr. 840.

4. Kapitel: Das Verhältnis der §§ 134/138 B. G. B. zu § 817 B. G. B.

A. Abstraktes und kausales Rechtsgeschäft.

Wie einleitend dargestellt, bezwecken die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung die Rückgängigmachung der Übertragung eines Vermögenswertes, der nach dem formalrechtlichen Bestimmungen selbst dann wirksam vollzogen ist, wenn ein materieller Rechtsgrund, auf den jene Vermögensverschiebung sich stützen könnte, nicht gegeben ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet streng zwischen Grundgeschäften und (auf diesen beruhenden) abstrakten Erfüllungsgeschäften. Das Gesetz geht soweit, bei Prüfung der Wirksamkeit abstrakter Geschäfte die Zweckvorstellung der Vertragsparteien vollkommen außer Acht zu lassen.

Klingmüller bezeichnet diese Abstraktion als „Ausnahmeform und künstliches Erzeugnis" des positiven Rechts,[1]) das einen Bestandteil des natürlichen Parteiwillens — das Kausalmoment — ausschaltet und einen anderen zu einem selbständigen Vertrage erhebt. Es handelt sich nach Stampe[2]) um einen Rechtsakt, bei welchem die Vermögensverschiebung allein durch das „Hilfsgeschäft" hervorgebracht wird, rechtlich unabhängig von der Zweckbestimmung, die in dem „Grundgeschäft" enthalten ist, — Und doch hat eine jede Rechtsänderung ihren Grund in einem gewissen Tatsachenkomplex, der eben den Ansporn und den Ausschlag zu dieser oder jener gewollten Rechtsänderung herbeigeführt hat. Die juristischen Tatsachen als Rechtsgrund im objektiven Sinne setzen als weiteres ein subjektives Verhalten der Parteien voraus, daß ihr Vorhandensein erst motiviert. Bei jedem abstrakten Rechtsgeschäft ist ein Grund psychologische Notwendigkeit, denn in der Psyche eines jeden am Rechtsgeschäft Beteiligten walten bestimmte Zweckbestimmungen ob, um deretwillen er so handelt, und bei Abgabe einer jeden Willenserklärung ist beim Denkprozeß eines jeden Menschen unwiderlegbar ein Bestimmungsgrund vorhanden. „Kein Mensch" sagt von Jhering,[3]) „wird ein dare, oportere versprechen, ohne sich darüber klar zu sein,

[1]) Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes, Heft 6, Teil II, § 9, S. 48.

[2]) Stampe, Das Kausalproblem des Zivilrechts, eine rechtspolitische Studie aus § 363, S. 33.
v. Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. 3, S. 209.

[3]) Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes, S. 8, S. 36.
Derselbe: Schuldversprechen nach dem B. G. B., § 1, S. 3.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht 1906/09, Bd. 2, 1, S. 228.
Oertmann, 1908, Bd. 1, 3. Abschnitt, 7, S. 301. Vorbemerkung zu § 138.
Leonhard, Der allgemeine Teil des B. G. B. zu § 138.
Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 12, 127.
Regelsberger, Pand. Bd. I, Teil I, Abteilung I, § 167, S. 607 ff.
v. Salpius, Novation und Delegation nach dem römischen Recht, S. 215.
Vgl. ferner Protokolle Bd. 2 für die zweite Lesung S. 501 .... so sind doch das Forderungsrecht und die Leistungspflicht nicht um ihrer selbst willen gegeben, vielmehr sollen beide zur Verwirklichung eines Zweckes dienen.

ob er dieses tut, um zu schenken, zu novieren, eine Gegenleistung hervorzurufen usf."

Abstrakte Rechtsgeschäfte hat bereits das älteste römische Recht gekannt. Die typischen, altrömischen Vertragsformen zeigen bei strengem Formalismus eine abstrakte Natur; eine Erscheinung, die man in gleicher Weise bei anderen Völkern, deren Rechtssystem noch wenig entwickelt war, vorfindet. Das kausale — von dem abstrakten Moment streng geschieden, und die tatsächliche Vereinigung dieser beiden Willensbestandteile juristisch von einander getrennt und aufgelöst zu haben, ist den römischen Juristen im Laufe allmählicher Rechtsentwicklung und Vervollkommnung zu verdanken.[1]) Rechtsgeschäfte streng formalen Charakters waren z. B. die mancipatio, in iure cessio, der Literalakt und besonders die Stipulation. Trotz mancher Gegnerschaft[2]) hat das bürgerliche Gesetzbuch das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte aufgenommen. Abstrakte Geschäfte nach dem B. G. B. sind: Zession, Schulderlaß, Schuldübernahme, Schuldanerkenntnisse, Schuldversprechen, die Ausstellung von Inhaberpapieren, Anweisungsakzepte und ferner die sachenrechtliche Einigung. Außerhalb des B. G. B. ist der Hauptanwendungsfall der abstrakten Geschäfte der Wechsel, der im Gegensatz zu den genannten Verträgen „absolut abstrakt" ist, also nicht einmal kausal abgestellt werden darf.

B. Untersuchung eines Widerspruches in den §§ 134/138 mit dem § 817 B. G. B.

I. Stellung der Rechtslehre zur Sittenwidrigkeit und Abstraktion.

Nach dem Gesagten liegt also das Wesen des abstrakten Geschäfts in der grundsätzlichen Nichtberücksichtigung des subjektiven Rechtsgrundes. Wird trotz des nichtigen Kausalgeschäftes eine Leistung erbracht, so gibt das Gesetz dem Leistenden, der dadurch einen materiell nicht begründeten Rechtsverlust erleidet, den persönlichen Anspruch der ungerechtfertigten Bereicherung auf Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung. Hier beschäftigt uns der Fall, daß der Mangel des rechtlichen Grundes in der vom Recht ausgesprochenen Mißbilligung des von den Parteien gewollten Rechtsgrundes wegen sittenwidriger Zweckbestimmung liegt. Hier ist der Empfänger der ohne rechtlich anerkannten Grund bewirkten Leistung zur Herausgabe verpflichtet. Wie läßt sich jedoch diese Vorschrift mit den allgemeinen Bestimmungen der §§ 134/138 B. G. B. in Einklang bringen? Nach § 134 B. G. B. ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, und nach § 138 ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ebenfalls nichtig. Hier ist die Schwierigkeit gegeben, die Anlaß zu dem nunmehr bestehenden Streit der Rechtslehre bezüglich genannter Paragraphen gegeben hat. Was soll in § 817 B. G. B. ein Bereicherungsanspruch bedeuten, der doch nach dem aus dem Wesen der Bereicherungsansprüche sich ergebenden Satz, „nemo rem suam condicit" voraussetzt, daß etwas vorhanden sein muß, was mangels Rechtsgrund zurückgefordert werden kann, während das Gesetz in § 138 unzweideutig ausspricht, daß das sittenwidrige Rechtsgeschäft nichtig, also nicht

---

[1]) Zitelmann, a. a. O., S. 110.

[2]) Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, eine Kritik der im Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrag, S. 3 ff.

geeignet ist, überhaupt die Grundlage zu einer Leistung zu geben. Sie ist rechtlich als nicht vorhanden anzusehen. Daraus ergibt sich, daß für Tatbestände, die z. B. den Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 B. G. B. und die sittenwidrige Zweckbestimmung nach § 817 B. G. B. in sich vereinigen, zugleich die Nichtigkeit des Geschäfts, der Ausschluß jeder Leistung, — und noch ein Bereicherungsanspruch normiert ist, der eine gültige Leistung immer voraussetzt. Es entsteht daher die Frage, ob die Vorschrift des § 817 B. G. B. nicht überhaupt überflüssig ist, und ob die Norm mit den Vorschriften der §§ 134/138 B. G. B. in Widerspruch steht? Was im folgenden für den § 138 B. G. B. angeführt ist, gilt in gleicher Weise sinngemäß für den § 134 B. G. B. Darüber, wie sich das abstrakte Rechtsgeschäft zu seinem Kausalgeschäft verhält, insbesondere darüber, ob die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wegen Verstoß gegen Sitte und Gesetz auch das dingliche Erfüllungsgeschäft ergreift, gehen die Meinungen sehr auseinander.

Der Führer der Autoren, die davon ausgehen, daß § 138 B. G. B. für sittenwidrige Geschäfte schlechthin, ohne einen Unterschied für abstrakte und kausale Geschäfte, Nichtigkeit normiere, ist Dernburg.[1]) Dieser geht von der Fassung der §§ 134 und 138 B. G. B. aus, daß ein gesetzes- oder sittenwidriges Rechtsgeschäft nichtig sei. Mithin vollziehe sich auch eine auf Grund eines solchen Geschäfts erfolgte Übereignung im Rechtssinne überhaupt nicht. Der Übereignende könne das in gesetzwidriger oder unsittlicher Weise geleistete vindizieren. Er wendet sich hauptsächlich deshalb gegen die Ansicht, das abstrakte Erfüllungsgeschäft von dem Grundgeschäft losgelöst zu betrachten, weil jene Lösung nur auf dem Gebiete privaten Willens liege, und daß die Frage nach der sittlichen Qualität des Geschäftes von „diesem zufälligen und rein äußerlichen Umstande (nämlich der Abstraktion) nicht abhängig gemacht werden könne".[2]) Dernburg gelangt angesichts des § 817 zu der Annahme eines Gesetzeswiderspruches, da dem Übereignenden immerhin die Klage aus dem Eigentume verblieben sei, und erscheine deshalb die Vorschrift des § 817 B. G. B. entbehrlich. Allenfalls könne die Norm in den seltenen Fällen Bedeutung haben, in denen trotz bereits erfolgter verbots- oder sittenwidriger Leistung eine Vindikation aus besonderen Gründen des Falles heraus ausgeschlossen sei, vielleicht, weil das Geleistete vom Empfänger bereits verbraucht wurde!

Mit Dernburg konform, wenn auch etwas gemäßigter, geht Neubecker[3]) der den Standpunkt vertritt, daß der Zweck eines abstrakten Geschäfts diesem in der Regel nicht als Bestandteil angehöre. Andererseits behauptet er jedoch, daß, wie allein schon der Beweggrund des Geschäfts dessen Unsittlichkeit bedingen könne, so auch erst recht ein unsittliches Grundgeschäft die Nichtigkeit des darauf beruhenden Erfüllungsgeschäftes zur Folge haben könne. Auch das abstrakte Rechtsgeschäft habe eine causa, denn § 817 B. G. B. bestimme grundlegend, daß der „Zweck" der Leistung für das Verhältnis zu den guten Sitten maßgebend sei. Das Erfüllungsgeschäft müsse mithin auch allein des unsittlichen Grundgeschäftes wegen nichtig sein. Die §§ 134, 138 und § 817 B. G. B. ständen mit einander in „unversönlichem Widerspruch" und der Verfasser gibt deshalb

[1]) Dernburg, Bd. 2, 1, 3. Aufl. 1905, § 90, III 5 u. Bd. 2, 2, § 379, II.

[2]) Dernburg, Bd. 2, I. Teil, § 90 III, S. 199, Ausg. 1899, 1901.

[3]) Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 22, S. 35 ff. und ferner in D. J. Z. 1902, S. 568 ff.

den ersteren den Vorrang.[1]) Unter Berufung auf den Satz „nemo auditur turpitudinem suam ellegans", kommt Neubecker im Gegensatz zu Dernburg, der abgesehen von dem Falle, daß das zu unsittlichen Zwecken Geleistete vom Empfänger bereits verbraucht ist, nur die Vindikation als Ausgleichmittel angezogen wissen will, zu der Ansicht, daß demjenigen, der contra bonos mores etwas geleistet hat, die Vindikationsmöglichkeit versagt bleiben müsse, trotz des ihm verbliebenen Eigentums, weil sich sonst der unsittlich Leistende zur Begründung der Nichtigkeit seiner Leistung auf seine eigene verwerfliche Handlungsweise stützen müsse, was mit der Würde der Rechtsordnung unvereinbar wäre.[2])

Klingmüller will den § 817 ungefähr folgendermaßen interpretieren.[3]) Er meint, ein Rechtsgeschäft, und sei es auch nichtig geworden, habe doch einmal eine „rechtliche Existenz" gehabt. Diese zeitige immer noch „rechtlich erhebliche Folgen". Der § 817 B. G. B. sei dazu berufen, diese trotz der Nichtigkeit noch vorhandenen eventuellen Rechtsfolgen zu beseitigen, der beispielweise eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des obligatorischen Verhältnisses gewähre.

Die Ansicht Dernburgs vertritt, ohne sich weiter auf erläuternde Begründungen einzulassen, Scherer,[4]) der den § 817 als Wiederholung des § 138 für überflüssig und unnötig hält.

Crome[5]) unterscheidet zwischen den abstrakten Rechtsgeschäften schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Art. Hinsichtlich der abstrakten schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte läßt er die Ausführungen Dernburgs in vollem Umfange gelten, verläßt jedoch den Standpunkt Dernburgs hinsichtlich der sachenrechtlichen Übereignungen: „Die Übereignung ist gültig, wenn auch aus verwerflichem Grunde erfolgt," weil eben hier das Gesetz die Zuwendung nur als abstraktes Rechtsgeschäft zulasse, oder zum mindesten nur als regelmäßig abstrakt kenne. Einen unvereinbaren Widerspruch der Gesetzesvorschriften halten ferner Weyl,[9]) v. Mayr,[6]) Rumpf[7]) und Lotmar[8]) für vorliegend und wollen dem allgemeinen § 138 als der spezielleren Vorschrift den unbedingten Vorrang geben.

Den aus der zahlreichen Reihe der Autoren angeführten Ansichten ist nicht zuzustimmen. M. E. dürfte der Gesetzgeber der Norm des § 817 weitergehende Aufgaben zugewiesen haben, ohne den § 817 B. G. B. mit den §§ 134, 138 B. G. B. in Widerspruch zu setzen. Bei dem Versuche zu den Meinungen der namhaften Vertreter Stellung zu nehmen, wird man sowohl eine Überspannung des im § 134, 138 aufgestellten Prinzips vermeiden müssen, um der Natur des abstrakten Rechtsgeschäfts gerecht zu werden, wie auch eine Durchführung des Grundsatzes unbedingter Losgelöstheit der Verfügungsgeschäfte vom Kausalgeschäft ablehnen.

---

[1]) Neubecker, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 22, S. 89.

[2]) Vgl. Neubecker, a. a. O., S. 71.

[3]) Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes, § 15, S. 83 ff. § 16, S. 92 ff.; ebenso in Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis § 21, S. 136.

[4]) Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, Erlangen 1899, S. 1225.

[5]) System des deutschen bürgerlichen Rechts 1902, Bd. 2, § 322 I, S. 1001.

[6]) Weyl, Vorträge über das B. G. B. für Praktiker, Bd. I, S. 250 ff.; derselbe: in „Das Verschulden und die verwandten Begriffe im B. G. B., Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 14, S. 80 und S. 148 ff.

[7]) v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 553.

[8]) Rumpf, Mannheim, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 B. G. B., ein Beitrag zur Kritik des dinglichen Vertrages, Archiv für Zivil.-Praxis, Bd. 117, S. 315 ff., besonders S. 370 ff.

[9]) Lotmar, Der unsittliche Vertrag, besonders nach gemeinem Recht, 1896, S. 63 ff.

Die Vorteile dieses künstlichen juristischen Gebildes der Abstraktion sind nicht wegzuleugnen, und der Gesetzgeber glaubte die Vorteile dieses künstlichen Erzeugnisses positiven Rechts nicht entbehren zu können. Der abstrakte Vertrag hat nun einmal eine wesentliche Vereinfachung und Durchsichtigkeit des Tatbestandes zur Folge. So bietet er vor allem im Prozeß dem Gläubiger große Vorteile. Die Loslösung eines Schuldversprechens von seinem Schuldgrunde nimmt ihm die Last ab, jedesmal, wenn er einen vertragsmäßigen Anspruch erhebt, erst weitläufig dessen Grund klarzulegen, und er hat es nicht nötig, schwierige Beweise anzutreten. Mit Recht kann man daher mit Cosack sagen, daß der abstrakte Vertrag dem Gläubiger „eine ausgezeichnete Angriffstellung" gegen den Schuldner gibt.[1]) So wird denn auch die Besonderheit der abstrakten Rechtsgeschäfte als von ihrem Grundgeschäft losgelöster Rechtsbeziehungen von der herrschenden Meinung anerkannt. Sie wird z. B. von Planck, Staudinger, Endemann, Enneccerus, Örtmann, v. Tuhr und Förster vertreten. Bereits die Motive bemerken hierzu; „Der dingliche Vertrag ist unabhängig von den obligatorischen Beziehungen der Beteiligten zueinander. Der Rechtsgrund, auf welchem er beruht, ist ohne Einfluß auf die Rechtsänderung.[2]) .... Ist der Grund, welchen die Vertragschließenden voraussetzen, ungültig, ... so kann hieraus doch immer nur ein persönlicher Anspruch des einen gegen den anderen hergeleitet werden." Dementsprechend führen auch die Protokolle[3]) aus: Der Entwurf beruht auf dem Gedanken, daß zwar bei jeder Eigentumsübertragung ein materieller Grund für die Übertragung vorhanden sei, daß es aber richtiger sei, die Eigentumsübertragung selbst formell von jenem Grunde loszulösen und als selbständigen Rechtsakt hinzustellen. Das Kausalgeschäft und das Leistungsgeschäft werden voneinander getrennt, und das letztere nimmt einen abstrakten Charakter an.

Sofort gelöst ist dieser Widerspruch in dem Falle, daß das abstrakte Rechtsgeschäft selbst gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Dann tritt naturgemäß § 134 oder 138 B. G. B. ein. Das schließt aber nicht notwendigerweise die gleichzeitige Anwendung des § 817 B. G. B. aus, da auch bei Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes anerkanntermaßen eine condictio possessionis Platz greifen kann. Dernburg und Neubecker ist nämlich entgegenzuhalten, daß eine Vindikation bei Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes immerhin nur dann Platz greifen kann, wenn der Leistende zur Leistungszeit auch Eigentümer war. Die Bereicherungsansprüche haben jedoch keineswegs zur Voraussetzung, daß der Leistende Eigentümer sein oder daß es sich um Eigentumsverlust handeln müsse. Der Bereicherungsanspruch hat in erster Linie Wiedereinräumung des Besitzes zum Gegenstande; § 817 würde daher mindestens in den Fällen des leistenden Nichteigentümers Anwendung finden können. Man wird die condictio possessionis auch neben der vindicatio für zulässig erachten müssen, da diese das — vom Eigentum unabhängige — Besitzrecht zum Gegenstande hat.[4]) Was nun das Verhältnis der drei Paragraphen dann, wenn nicht das abstrakte Rechtsgeschäft selbst, sondern nur die causa gegen §§ 134, 138 B. G. B. verstößt, anbelangt, ist dem von Dernburg vertretenen Standpunkt in

[1]) Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1903, § 162 I 13. S. 598; Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, §§ 96, S. 217 ff, Ausg. 1900.

[2]) Motive Bd. 3, § 829, S. 187.

[3]) Protokolle, Bd. 3, Nr. 3a, S. 53.

[4]) Das kann gegenüber der rei vindicatio besonders vorteilhaft sein, zumal im Hinblick auf § 819, Absatz 2.

verschiedener Hinsicht zu entgegnen. Gegen seine Auffassung spricht besonders die Verkennung der Meinung des Gesetzgebers in Bezug auf die Stellung des § 817 B. G. B. Diese Vorschrift habe, wie die meisten Schriftsteller behaupten, nur den einzigen Zweck, Rückforderung der Schuldurkunde herbeizuführen, während sie doch in Wahrheit eine Rückforderung einer Leistung, wenn sie gegeben, bezw. eine Befreiung zu leisten (condictio liberationis) bedeutet.[1]) M. E. übertreibt Dernburg zu stark die Ausdehnung eines gesetzgeberischen Prinzips, wenn er sagt, um des Prinzips im § 138 willen, müsse Nichtigkeit eintreten. Gerade ein solches allgemeines Prinzip kann der Gesetzgeber durchbrechen, wenn Gründe der Billigkeit es erforderlich machen, wenn er nicht die Menschen zum Sklaven eines Prinzips machen will. Nicht der Mensch ist des „Rechtsprinzips", sondern alles Recht ist lediglich des Menschen Willen geschaffen.[2]) Mit Recht sagt Bernhöft:[3]) „.... ist die folgerichtige Durchführung von Prinzipien und Konstruktionen nirgends vollkommen gelungen, das gesetzgeberische Ideal der Jetztzeit wurde — Gott sei Dank! — niemals erreicht. Das an sich sehr anerkennenswerte Bestreben, die Resultate der Wissenschaft für alle Zukunft gesetzgeberisch zu sichern, und der Irrtum, daß ein Gesetzbuch gut sei, wenn es den Inhalt eines guten Lehrbuches hat, ist bis an die äußersten Grenzen der Möglichkeit durchgeführt worden, und eben diese konsequente Durchführung zeigt die Verkehrtheit der herrschenden Richtung."

Gewiß hat der Gesetzgeber das immerhin künstliche Gebilde der abstrakten Rechtsgeschäfte in sein System aufgenommen, hat aber andererseits, um Härten zu vermeiden, die stets aus der starren Durchführung eines Prinzips erwachsen, gewisse Fälle statuiert, in denen die Idee der abstrakten Rechtsgeschäfte eine billige Durchbrechung oder berechtigte Abschwächung erfährt. Die erwähnte Begründung Dernburgs, insbesondere der von ihm zur Stützung seiner gegenseitigen Ansicht vorgebrachte Einwand, daß die Loslösung der Übereignung von dem ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäft auf dem Gebiete privaten Willens liege, ist in dieser Ausdehnung nicht zutreffend. Man wird vielmehr mit Crome zwischen abstrakten Rechtsgeschäften des Schuld- und denen des Sachenrechts unterscheiden müssen. Nur bei den ersteren kann davon die Rede sein, daß ihre abstrakte Natur auf privater Willkür beruhe, wohingegen die sachenrechtlichen Geschäfte vom Gesetzgeber als notwendig abstrakt geschaffen worden sind. Dernburg erwähnt als Beispiel allerdings immer das abstrakte Schuldversprechen. Er dehnt jedoch seine Ansicht auch auf die im Gebiete des Sachenrechts liegenden abstrakten Geschäfte aus, wenn er sagt: „vollends ist eine Übertragung und eine Belastung als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig, wenn das ihr zugrundeliegende Geschäft unsittlich ist.[4])

Auch der Standpunkt Lotmars und Klingmüllers wird der Bedeutung des § 817 B. G. B. nicht gerecht. Es lag wohl kaum in der Absicht des Gesetzgebers, dem § 817 B. G. B. nur den Zweck zu geben, Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes festzustellen. Hierzu hätte ein kurzer diesbezüglicher Hinweis in § 138 B. G. B. genügt, und die Schaffung eines eigenen Paragraphen hätte sich damit erübrigt.

---

[1]) Oertmann: in Oesterreichische Allgemeine Gerichtszeitung, 32, S. 252.

[2]) Regelsberger, Panderecke I S. 581, ferner S. 59 II.

[3]) Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 1889, S. 2.

[4]) Dernburg, Bd. 1, S. 425, Anmerkung 32; Bd. 3, S. 225.

Überdies erhellt aus § 817 keineswegs, daß seine Bedeutung sich lediglich auf die Gewährung eines Anspruches auf Feststellung der Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts beschränkte. Der umfassendere Zweck des § 817 B. G. B. ist die Rückforderungsmöglichkeit einer bereits geleisteten Sache bezw. Befreiung von der Leistungspflicht zu gewähren. Gerade in der Gültigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte trotz eines zugrundeliegenden Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten, liegt die Bedeutung des § 817 B. G. B. gegenüber den allgemeinen Bestimmungen der §§ 134/138 B. G. B. Hält man an dem Standpunkte fest, daß die causa das abstrakte Erfüllungsgeschäft seiner abstrakten Natur wegen im allgemeinen nicht beeinflußt, so gelangt man bei rechtlicher Würdigung der Stellung und Bedeutung des § 817 B. G. B. zu dem Resultat, daß die §§ 817 und 138 B. G. B. nicht in Widerspruch zueinander stehen, sondern sich nebeneinander ergänzen. Erlanger[1]) hält den Autoren der Gegenmeinung vor, daß die vorgetragenen Meinungen erfolglose Bemühungen seien, um auf allen möglichen Umwegen über die Schwierigkeit der Anwendungen dieser Gesetzesbestimmungen hinwegzukommen. Wenn Dernburg u. a. behaupteten, § 817 widerspräche den §§ 134 und 138 und sei somit dem Prinzip der beiden Paragraphen entgegenstehend, so „möchten wir im Gegenteil annehmen, § 817 sei nicht unnötig in diesem Falle, sondern sei die allein anzuwendende Bestimmung, welche allerdings den §§ 134/138 entgegensteht, aber nicht als unnütze Gesetzesvorschrift, sondern als eine vom Gesetzgeber gewollte singuläre Durchbrechung des Prinzips — als lex specialis — welche für das Gebiet der abstrakten Verträge § 134 und § 138 B. G. B. ersetzt;" — eine Ansicht, die sich sehr wohl verstehen läßt, da sie, abgesehen von dem Vorteil der Einfachheit, genügend Rücksicht auf das System der abstrakten Verträge nimmt und auch dem Charakter der §§ 134, 138 B. G. B. in einer kleinen Abschwächung berechtigte Wirkung verleiht. Die Notwendigkeit der Vorschrift des § 817 B. G. B. neben der des § 138 B. G. B. erkennt man bei der Erwägung, daß § 138 nur dann Anwendung findet, wenn Kausal- oder Erfüllungsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sind, während § 817 B. G. B. einen Kondiktionsanspruch ohne Rücksicht auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gewährt, denn § 817 verlangt nur, daß der Zweck (nicht notwendigerweise auch der Inhalt) einer Leistung in der Weise bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Dem Geber wird demnach regelmäßig bei einer mit einem derartigen Verstoße behafteten Leistung kein dinglicher Anspruch, sondern ohne weiteres ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe gewährt. Wenn weiterhin auch die Möglichkeit eingeräumt werden muß, unter besonderen Umständen des Einzelfalles ebenfalls das dingliche Geschäft als nichtig zu behandeln, sei es wegen gewollter rechtlicher Abhängigkeit von dem obligatorischen Geschäfte, oder wegen des unsittlichen Leistungsgegenstandes selbst, so läßt sich auch diese Ansicht mit § 138 B. G. B. einerseits und § 817 andererseits vereinen, denn § 817 B. G. B. ist auf den Leistungszweck, also auf das subjektive Moment abgestellt und erfaßt die Zuwendungsgeschäfte dann, wenn — infolgedessen — die Annahme der Leistung eine objektive Sittenwidrigkeit darstellt, wohingegen § 138 unter völlig anderen Voraussetzungen und daher nur in wenigen krassen Fällen auf die abstrakten Geschäfte Anwendung finden kann. Die Trennung zwischem kausalem und Er-

[1]) Erlanger, a. a. O., § 10, S. 49 ff.

füllungsgeschäft beruht, wie eingangs erwähnt, auf dem Gedanken des Verkehrsschutzes, damit z. B. die gutgläubigen Abnehmer einer Ware Eigentum erwerben können, ohne befürchten zu müssen, von den Einwendungen aus dem Vorgeschäfte noch verfolgt zu werden. An sich würde der Schutz des guten Glaubens gemäß § 932 B. G. B., wenn die Eigentumsübertragung gleichfalls vom Schicksal ereilt würde, in gewissen Fällen ausreichen, um dennoch den Eigentumserwerb in dritter Hand eintreten zu lassen. Jedenfalls haben die Dritterwerber, wenn das Erfüllungsgeschäft weder vom Verstoß gegen das Verbotsgesetz noch von der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts berührt wird, die Ware vom Eigentümer bezogen, und brauchen sich für ihren eigenen Eigentumserwerb nicht erst auf ihren guten Glauben gemäß § 932 B. G. B. zu berufen.

II. Standpunkt des Reichsgerichts zu der Streitfrage.

Auf dem Standpunkte, daß das abstrakte Erfüllungsgeschäft nicht vom Verstoß gegen die guten Sitten beeinflußt wird, steht heute mit dem größten Teil der Rechtslehre vereint, auch die Rechtsprechung unserer Gerichte. Grundlegend und aus der Klage aus Bordellgeschäften hervorgegangen, ist die Entscheidung des V. Zivilsenates vom 21. April 1906.[1]) Hier betont das Reichsgericht ausdrücklich, daß die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte (Übergabe, Auflassung) nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches als Rechtsgeschäfte konstruiert sind, die die Macht, eine sachenrechtliche Wirkung hervorzubringen (z. B. Eigentum zu übertragen), in sich selbst tragen. Damit lehnt das höchste Gericht die Ansicht Dernburgs ab. Im Gegensatz hierzu sei von anderer Seite die Meinung aufgestellt worden, daß die abstrakten Erfüllungsgeschäfte von der dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft anhaftenden Unsittlichkeit überhaupt nicht ergriffen werden könnten. Das Reichsgericht vermeidet es, auf die Frage näher einzugehen, denn das, worauf es ankomme, sei, ob auch das Erfüllungsgeschäft, wofern ihm eine Unsittlichkeit anhafte, vom Gesetz als nichtig behandelt werde; — diese Frage sei jedoch zu verneinen: „Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes wäre unvereinbar mit dem § 817 B. G. B. Denn wäre das Erfüllungsgeschäft nichtig, so könne davon keine Rede sein, daß aus der Leistung zu unsittlichem Zwecke nur eine Rückforderung — Kondiktion — stattfinde. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes, z. B. der Auflassung, müsse zur Folge haben, daß eine Vermögensverschiebung überhaupt nicht eingetreten, das Eigentum vielmehr bei demjenigen, der die Auflassung erteilt habe, verblieben sei und von ihm mit der Eigentumsklage — Vindikation — geltend gemacht werden könne. Dies ist aber ersichtlich nicht der Standpunkt, den das Bürgerliche Gesetzbuch in § 817 B. G. B. einnimmt. Denn, wenn dort Bestimmung darüber getroffen wird, wann die Rückforderung zulässig und wann sie ausgeschlossen sein soll, so ist damit anerkannt, daß die Vermögensverschiebung stattgefunden hat. Das abstrakte Erfüllungsgeschäft (die Auflassung) kann also nicht nichtig sein, denn sonst hätte es die Wirkung, eine Vermögensverschiebung herbeizuführen (Eigentum zu übertragen), nicht haben können.[2])[2a]) So heißt es z. B. in einem Urteil des

[1]) R. G. E. Bd. 63, Nr. 48, S. 179 ff.

[2]) Vgl. J. W. 1913, S. 682: Ein solches Rechtsgeschäft, dessen Inhalt sich nur durch die ihm eigentümliche Rechtswirkung bestimmt, kann an sich auch niemals gegen die guten Sitten verstoßen.

[2a]) R. G. Z. Bd. 57, S. 95 ff; Bd. 63, S. 179; Bd. 28, S. 284; Bd. 68, S. 97; Bd. 71, S. 432; Bd. 78, S. 41/285; Bd. 75, S. 69; Bd. 89, S. 65; J. W. 1912, S. 853, Nr. 4; 1911, S. 517, Nr. 2; Jur. Rundschr. 1926. Nr. 1354; Warneyer 1920, Nr. 147; v. Tuhr, Zivil-Archiv 120 (1922) Bordellhypothek; a. A. OLG. Kiel in Leipz. Z. 1920, abgedruckt in Löwenwarters Lehrkomm. I zu § 138.

V. Zivilsenats vom 22. Februar 1922[1]), daß das dingliche Erfüllungsgeschäft vom B. G. B. zu einem gegenüber dem ihm zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäfte selbständigen Geschäft ausgestaltet ist, in der Weise, daß es die bestimmte dingliche Rechtswirkung hervorbringt, auch wenn der schuldrechtliche Bestimmungsgrund, die causa, nicht besteht oder weggefallen ist, und daß der Ausgleich der dadurch eingetretenen ungerechtfertigten Vermögensverschiebung im Wege des schuldrechtlichen Bereicherungsanspruches zu erfolgen hat.

In nunmehr einiger Rechtsprechung der Reichs- und Oberlandesgerichte hat jedoch die Nichtigkeit des wucherischen Grundgeschäfts auch die Nichtigkeit des dinglichen Verfügungsgeschäftes zur Folge. In einer Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 19. Februar 1904[2]) geht das Gericht zunächst davon aus, daß aus der Nichtigkeit eines auf Sachleistung gerichteten obligatorischen Vertrages nicht mit Notwendigkeit die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts, durch welches die Leistungen bewirkt werden, folgt, auch dann nicht, wenn beide Geschäfte gleichzeitig stattfinden, und wenn sie miteinander vereinigt sind. Beide gehören verschiedenen Rechtsgebieten an, das eine bezweckt nur relative unter den Beteiligten bestehende Rechtsbeziehungen, während das andere absolut und nach allen Seiten hin zu wirken bestimmt ist. — In weiteren Erörterungen geht dann das Gericht auf den Tatbestand des Wuchers ein und führt aus, das obligatorische und das dingliche Geschäft erfüllen in ihrem Zusammenhange den im § 138 B. G. B. vorgesehenen Sachverhalt. In diesem Paragraphen ist ausdrücklich neben der Entgegennahme des Versprechens von Vermögensvorteilen die Gewährung als solche genannt. „In letzterer Richtung kann nicht wieder unterschieden werden zwischen den dinglichen Geschäften als solchen, d. h. als ausschließlicher Grundlage dinglicher Rechte einerseits, und der ihm gewiesenen Funktion, zur Erfüllung der Verpflichtung aus dem obligatorischen Geschäft zu dienen, andererseits; sondern nichtig ist der Erfüllungsakt einschließlich des dinglichen Geschäfts, in welchem er sich verkörpert." Dieser grundlegenden Entscheidung sind unter Mehrung einschlägiger Prozesse zahlreiche Urteile im gleichen Sinne gefolgt.[3]) Diese Entscheidungen stehen auch nicht in Widerspruch mit der herrschenden Meinung von der Selbständigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts gegenüber dem gegen die guten Sitten verstoßenden Kausalgeschäft, denn der Gesetzgeber hat dem Wuchergeschäfte eine eigene Regelung zuerkannt. Aus der Fassung des § 138, Abs. 2 wird der Schluß gezogen, daß die causa als ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts behandelt werden muß. Der Gesetzgeber will, daß nicht nur das kausale Geschäft des Versprechens, sondern ausdrücklich auch das abstrakte der Gewährung — Erfüllung — nichtig ist. Im allgemeinen von besonderer Fallgestaltung abgesehen, entnehmen jedoch Rechtslehre und Rechtssprechung aus § 817, daß das abstrakte Erfüllungsgeschäft niemals vom Verstoß gegen die guten Sitten beeinflußt würde, wie z. B. der Bordellkauf, nicht aber die Umschreibung im Grundbuch oder die Eintragung der Restkaufpreishypothek nichtig ist.[4]) Wie bereits erwähnt, soll nicht bestritten werden, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts, gerade was die Bordellkäufe

---

[1]) R. G. E. Bd. 104, S. 103.
[2]) R. G. E. Bd. 57, Nr. 22, S. 95 ff.
[3]) R. G. in J. W. 1903, S. 82; J. W. 1908, S. 554; Recht 1920, Nr. 587; Warneyer, Recht 1913, S. 279, Nr. 229; Urteil vom 1. März 1913 V 433/12 (Köln).
[4]) R. G. E. Bd. 68, S. 97; Bd. 71, S. 432; Bd. 28, S. 284.

angeht, in der Rechtslehre einer scharfen Kritik begegnet ist,[1]) und die Entscheidungen zum Teil als dem gesunden Rechtsempfinden widersprechend abgelehnt werden müssen. Das Gefahrenmoment liegt eben in der grundsätzlichen Behauptung des höchsten Gerichts, daß diejenigen Geschäfte trotz des ihnen zugrundeliegenden nichtigen Kausalgeschäfts nicht nichtig seien, und daß sie sich gegen die Nichtigkeit der Kausalgeschäfte indifferent verhalten. Im Mobilarverkehr haben es die Parteien allerdings in der Hand, durch Hinzufügung einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts von der Gültigkeit des schuldnerischen Grundgeschäfts abhängig zu machen. Dann erscheinen beide Teile als ein in sich geschlossenes einheitliches Rechtsgeschäft. Gemäß § 139 B. G. B. ist dann bei Nichtigkeit des kausalen Rechtsgeschäfts auch das abstrakte Erfüllungsgeschäft nichtig.[2]) Dagegen ist im Immobiliarverkehr bei der Grundstücksübereignung die Setzung einer solchen Bedingung unmöglich. Laut § 925 ist den Parteien aus dem Prinzip heraus, klare Grundbuchverhältnisse zu schaffen, ausdrücklich untersagt, die Einigung (Auflassung) über die Eigentumsübertragung mit Bedingungen zu beschweren. Die Auflassung verträgt keine Bedingung, sie ist bedingungsfeindlich und daher grundsätzlich als selbständige, vom Kausalgeschäft losgelöste Erklärung gültig, sodaß trotz der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts der Eigentumsübergang sich vollziehen kann, wenn auch seine Vollziehung eine ungerechtfertigte Bereicherung im Sinne des § 812 ff. darstellt.

---

[1]) Rumpf, Mannheim. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138/817 B. G. B. im Archiv für Zivil.-Praxis Bd. 117, S. 315 ff.

[2]) Siehe Löwenwarter, a. a. O., S. 182; insbesondere auch Warneyer, Komm. zu § 139, wie ferner auch Staudinger und Enneccerus.

5. Kapitel: Das Verhältnis des § 817 zu den übrigen Kondiktionsansprüchen.

A. Prüfung der Anwendbarkeit der §§ 812, 814 B. G. B. bei Vorliegen des Tatbestandes des § 817 B. G. B.

I. Das Verhältnis des § 817 zu § 812 B. G. B.

1.) Unter Würdigung der Gültigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte trotz eines zugrundeliegenden Verstoßes gegen Sitte und Gesetz in den §§ 134, 138 wird dem Geber in § 817 bei einer mit einem derartigen Verstoß behafteten Leistung kein dinglicher Anspruch, sondern ohne weiteres ein persönlicher Anspruch auf Herausgabe gewährt. Nun findet aber im Falle einer auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts erfolgten Leistung an sich die Rückforderung schon aus dem in § 812 vorangestellten Grundprinzip statt. Eine „grundlose Bereicherung" liegt auch dann vor, wenn die Rechtsordnung einen an sich vorhandenen Grund als „nicht rechtlich voll gültigen" im Sinne des Gesetzes anerkennt.[1]) § 812 stellt eine allgemeine condictio auf, die ohne Zweifel das Gebiet der condictio indebiti und der condictio ob causam datorum mit umfaßt. Für die beiden letzteren sind in den §§ 813 bis 815 B. G. B. nur einige besondere Vorschriften hinzugefügt worden. Eine selbständige, wenn auch vom allgemeinen Prinzip im § 812 nicht gänzlich losgelöste Stellung, nehmen die §§ 816 und 817 B. G. B. ein, nämlich die condictio auf Rückgabe der durch unberechtigte Verfügung erlangten Bereicherung (Kondiktion wegen unberechtigter Verfügung) und die condictio wegen rechtswidrigen und unsittlichen Rechtsgrundes (Kondiktion wegen verwerflichen Empfanges). Ein großer Teil der genannten Fälle (§ 816 und § 817) sind bereits durch § 812 B. G. B. mitbetroffen, weil eben der, der auf Grund einer unberechtigten, (aber doch in Rücksicht auf den redlichen Erwerber gültigen) Verfügung, oder aus verbotenen oder sittenwidrigen Gründen einen Erwerb macht, ohne „rechtlichen Grund" erwirbt.[2]) Man kann daher sagen: Der Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfanges ist zwar nur ein besonderer Fall des allgemeinen Bereicherungsanspruches, wird aber durch § 817 in seinen positiven und negativen Voraussetzungen vollständig bestimmt.[3]) Bei Würdigung dieses Umstandes wird man erkennen, daß die Aufwerfung der Frage, ob der Kondiktionsanspruch lediglich auf der Vorschrift des § 817 B. G. B. als einer speziellen Bestimmung zu § 812 beruht, oder ob

---

[1]) Siehe S. 28 der Abhandlung, ferner Crome, System des bürgerlichen Rechts 1902, Bd. 2, § 322.

[2]) R. G. E. im Recht 1910, S. 57.

[3]) Enneccerus, 2. Bd. 1930, § 223, 3, S. 705. K. G. XV. Zivilsenat, Urteil vom 8. 10. 1909 in O. L. G. Bd. 20, S. 247; Rümelin, im Archiv für Zivil.-Praxis Bd. 98, S. 273 ff.

man wahlweise entweder den § 812 oder den § 817 B. G. B. anwenden kann, wie es das Reichsgericht will,[1]) nicht gerechtfertigt ist. Denn der § 817 steht innerhalb des Prinzips des § 812: beide Bestimmungen ergänzen sich gegenseitig und sind somit gleichzeitig anwendbar.[2])

2.) Eine besondere Bedeutung hat § 817 B. G. B. insofern, als bei einer (zur Erfüllung eines früher abgeschlossenen Geschäfts erfolgten) Leistung deren Annahme einen Gesetzes- oder Sittenverstoß darstellt. Mit Recht betont daher Enneccerus: ....„ist stets zu prüfen, ob auch der Empfang der Leistung, nicht etwa nur der Abschluß des früheren Geschäfts, einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten enthält".[3]) Ein bekanntes Beispiel für letzteres bietet das verbotene Börsentermingeschäft. Der ohne Genehmigung des Reichsrates vollzogene Abschluß eines Zeithandels in Anteilen eines Bergwerkunternehmens stellt fraglos einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 63, Absatz 1 Börs. Ges.) dar. Die Erfüllung fällt jedoch andererseits nicht unter das Verbot (§ 64, Absatz 2 Börs. Ges.). Die Rückforderung einer solchen Erfüllung könnte deshalb nur auf § 812 B. G. B. gestützt werden und wird regelmäßig durch § 814 B. G. B. ausgeschlossen sein.[4]) In den meisten Fällen wird man jedoch annehmen müssen, daß dann, wenn das obligatorische Geschäft einen Verstoß enthält, auch die Leistungsannahme an demselben Mangel leidet. M. E. kann bereits darin eine Unsittlichkeit erblickt werden, daß jemand die Erfüllung eines Geschäfts, von dem er annehmen muß, daß es ein sittenwidriges ist, annimmt.[5]) Schließlich kann sich auch dann, wenn das die Zuwendung veranlassende Grundgeschäft formell gültig ist, dennoch die Annahme der Leistung selbst als Verstoß darstellen und zwar dann, wenn der Empfänger die zur Vollziehung der Zuwendung erforderliche Annahme der Leistung hätte verweigern müssen. (Hingabe eines Darlehens an Prostituierte zwecks Ausübung der Prostitution).

II. Verhältnis des § 817 B. G. B. zu § 814 B. G. B.

1.) Oft wird es dem Empfänger möglich sein, gegenüber einem auf § 812 gegründeten Ansprüche einzuwenden, daß der Leistende sich seiner Nichtverpflichtung zur Leistung bewußt gewesen sei. Nach § 814 wird dann die Rückforderung der hingegebenen Leistung unmöglich.

2.) Bei einem auf § 817 gegründeten Herausgabeanspruch, wenn also der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen Gesetz und Sitte verstoßen hat, kann dagegen der Belangte die Kenntnis des Gebers von dessen Nichtverpflichtung zur Leistung nicht geltend machen.[6]) Tritt § 817 ein, so verleiht er den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung auch dem seine Nichtschuld Kennenden, falls die Leistung aus einem Geschäft herrührt, das außerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit sich befand.[7]) Selbständige Bedeutung also hat § 817 für die Fälle, in denen eine

[1]) R. G. E. Bd. 111, S. 151 ff.

[2]) Vgl. Heck, Archiv für civil. Praxis, Bd. 124, § 2, S. 15 ff.

[3]) Enneccerus, Bd. 2, 1930, § 223.

[4]) J. W. 1904, S. 40; Recht 1910, Nr. 3173.
Enneccerus, Bd. 2, § 223, 1, Anmerkung 1, Ausgabe 1930.

[5]) Hingabe von Geld zur Gewährung des Beischlafs.

[6]) Vgl. v. Mayr, Bereicherungsanspruch § 53, S. 554.
Stammler, Lehre vom richtigen Recht, S. 492 ff.

[7]) Dazu ferner R. G. E. Bd. 71, S. 316; Bd. 97, S. 82 ff. Bd. 99, S. 165; wie auch Staudinger 7. und 8. Aufl. zu § 817, Anmerkung 6; Oertmann, 3. und 4. Aufl., Anmerkung 5, 1910.

Rückforderung auf Grund des § 812 durch § 814 B. G. B. ausgeschlossen ist.[1])

B. Umfang der Herausgabeverpflichtung.

Ist das Bürgerliche Gesetzbuch von dem Grundgedanken beherrscht, den Bereicherten nur insoweit haftbar zu machen, als er tatsächlich bereichert ist, so hat hier das Gesetz eine über die Bereicherung hinausgehende Haftung eintreten lassen. Was auf Grund des § 817 zurückerstattet werden muß, ergibt sich aus den §§ 818 und 819, Absatz 2 B. G. B. Gegenüber den im § 818 für die Bereicherung überhaupt gezogenen Grenzen der Herausgabepflicht — Herausgabe von Nutzungen, des als Ersatz Erlangten, des Wertersatzes, — ist durch § 819, Absatz 2[2]) die Haftung für den Fall des § 817 wesentlich verschärft. Während nämlich eine Haftung nach den allgemeinen Vorschriften (§ 292, § 987 ff.) nach § 818, Absatz 4 erst vom Eintritt der Rechtshängigkeit Platz greift, haftet der auf Grund des § 817 zur Herausgabe Verpflichtete in der gleichen Weise schon vom Empfange der Leistungen an. Wie alle Bereicherungsansprüche unterliegt auch der aus § 817 entnommene Kondiktionsanspruch mangels einer speziellen Gesetzesvorschrift der regelmäßigen Verjährungszeit von 30 Jahren (§ 195 B. G. B.).

C. Beweislast bei der Geltendmachung des Anspruches aus § 817.

Für die Beweislast bei der Geltendmachung des Kondiktionsanspruches aus § 817 muß derjenige, der seine Klage auf § 817 stützt, darlegen, daß der Beklagte auf seine Kosten unter Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten etwas erlangt hat, und daß der Zweck der Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Dagegen hat er nicht zu behaupten und zu beweisen, daß ihm selbst ein solcher Verstoß nicht zur Last falle. Vielmehr wird die Ausnahme des Halbsatzes 1 von Satz 2 in § 817 als (von Amtswegen zu berücksichtigender) Einwand vom Beklagten nachgewiesen werden müssen, — ein Rechtsmittel, von dem er bestimmt bei Vorhandensein einer par turpitudo Gebrauch machen wird. Dagegen kann der Kläger seinerseits wiederum replizieren, daß die „Leistung in Eingehung einer Verbindlichkeit" bestand.

---

[1]) Staudinger, Komm. zu § 817 B. G. B. zum Schluß, Ausg. 1929.

[2]) Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er vom Empfange der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.

Schluß.

6. Kapitel: § 817 B. G. B. eine mißglückte Gesetzesbestimmung.

Wirft man einen Blick auf die umfangreiche Rechtsprechung der Reichs- und Oberlandesgerichte zu § 817 B. G. B., so wird man dabei unwillkürlich auf die scharfe Kritik hingewiesen, die gerade die Rechtsprechung des obersten Gerichts auf dem Gebiete des Bordellkaufs und der Bordellhypothek, wie der Entrechtung des Wucherers erfahren hat. Trotzdem kann jedoch ein direkter Vorwurf der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht gemacht werden. Angesichts des derzeitigen Gesetzeswortlautes, der bei beiderseits verwerflicher Handlungsweise keiner Partei einen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, um eine Änderung der tatsächlich bestehenden Vermögenslage herbeizuführen, ist dem Gerichte in derartig gelagerten Fällen keine andere Entscheidung möglich; denn die Rechtsprechung entspricht ganz dem Gesetze. Mit der Begründung, es sei unnatürlich und der Anschauung des Lebens widersprechend, zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft eine trennende Wand zu setzen, ist ebenfalls deshalb nichts gewonnen, da das Gesetz diese Trennung bewußt mit gutem Grund in sein System aufgenommen hat. Nicht bei dem rechtsprechenden Richter darf deshalb die Kritik zuerst einsetzen, sondern bei dem Gesetze selbst. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte bezeichnet den § 817 und besonders den Satz 2 als eine gesetzgeberisch verfehlte Gesetzesbestimmung.[1]) Die Bedenken, die der Kommentar dort niederlegt, sind durchaus zu würdigen: „Die rechtliche Ordnung des Bordellkaufes ist ein Hohn auf die Gerechtigkeit, die die Rückgängigmachung der auf unsittlichem Grunde ruhenden Vermögensverschiebung — jedenfalls aber die Gleichbehandlung beider Parteien — verlangt." Der Verkäufer eines Bordellgrundstückes kann, wie erwähnt, dieses nicht zurückfordern; er wird weiterhin, wenn der Kaufpreis zum Teil nicht bar bezahlt ist, mit seiner Klage auf restliche Bezahlung abgewiesen. Ferner hat der Verkäufer, wenn für den Restkaufpreis eine Hypothek bestellt worden ist, aus dieser Hypothek keine Rechte erworben. Es ist nicht zu leugnen, daß eine derartige auf das Gesetz gestützte Rechtsprechung jedem gesunden Rechtsempfinden widerspricht und in seinem Endergebnis zu einem unbilligen Urteil führen muß. Das Reichsgericht hat deshalb auch der besonderen Gestaltung des Falles Rechnung tragend, mit der exceptio doli generalis zu helfen gesucht. Die vom Standpunkt der lex lata bekämpfte Arglisteinrede konnte, weil nur negativ wirkend, zur besseren Regelung des Verhältnisses

[1]) Reichsgerichtsrätekommentar von 1928 zu § 817, S. 524.

nur wenig beitragen, da der durch § 817 Satz 2 bestehende Zustand infolge Durchschlagens der Arglisteinrede wieder aufgehoben wurde. Möglicherweise wird also der raffiniertere der beiden am Bordellkauf Beteiligten ein einträgliches Geschäft machen, daß z. B. der Bordellkäufer im erlangten Eigentum geschützt wird und unter Umständen den unbezahlt gebliebenen Verkäufer unter „reichsgerichtlicher Assistenz" prellen darf.[1])

Es wäre wünschenswert, wenn für derartige Fälle im Wege der künftigen Gesetzgebung eine dem Rechtsempfinden mehr entsprechende Lösung geschaffen würde. Ein geeigneter Weg erscheint mir eine dem Fiskus zu gewährende Kondiktion, wie solche schon das preußische allgemeine Landrecht in den §§ 105, 106 I, 16 d gekannt hat und heute noch im sowjet-russischen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 147) Geltung hat. Rumpf schlägt die Fassung der Bestimmung dahingehend vor, daß der Richter in den Fällen, in denen er nach Sachlage der Akten auf Grund des § 817 Satz 2 zu einer Zurückweisung des Bereicherungsanspruches kommen mußte, die herausverlangte Leistung als an den Staat verfallen erklärt. Der Gedanke, in verwerflicher Weise Empfangenes zugunsten des Staates für verfallen zu erklären, ist ohnehin auch dem heutigen Recht nicht fremd, wie § 12, Absatz 3 unl. W. G. zeigt!

---

[1]) Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsbindung; Archiv für Zivil.-Praxis, Bd. 110, S. 241/242.